

Publicación Electrónica,
núm. 12, 2014
*Instituto de Investigaciones
Jurídicas, UNAM*

El delito se integra con tres categorías, sedes o escalones, a saber:

- 1) Conducta-típica,
- 2) Antijuridicidad, y
- 3) Culpabilidad.

El orden metodológico de estas tres categorías es inalterable, pues de lo contrario estaremos imposibilitados para realizar un análisis sistemático que nos permita determinar si se cometió o no un delito. Luego, entonces, no debemos pasar a la siguiente categoría sin haber confirmado su antecesora, de ahí que solo después de confirmar la tipicidad de la conducta podemos analizar su antijuridicidad y finalizar nuestro estudio con la culpabilidad, lo cual implica que una vez superada alguna de las categorías ya no debemos retroceder.

Reiteramos la importancia de apegarnos estrictamente a la sistemática planteada para poder aplicar correctamente todos los criterios de interpretación de la teoría del delito que desarrollaremos a continuación y que hemos denominado "sistema funcionalista social".

Publicación Electrónica,
núm. 12, 2014
*Instituto de Investigaciones
Jurídicas, UNAM*

CAPÍTULO PRIMERO

LA CONDUCTA-TÍPICA

I. CONCEPCIÓN

Los cuatro sistemas de la teoría del delito, desarrollados en Alemania (clásico, neoclásico, final y funcional), han partido del análisis separado de la conducta y el tipo. No obstante, desde nuestro punto de vista, conviene unir en una sola categoría el análisis de ambos, pues resulta claro que desde que tenemos conocimiento de un hecho, realizamos una primera valoración para determinar si es o no relevante para el derecho penal; esta primera aproximación implica ya un juicio de tipicidad, en donde excluimos de inmediato comportamientos como el correr, comer o ir al cine y, por el contrario, cuando ponemos atención en el momento justo en que a una persona le arrebatan el bolso o al ver una mujer ensangrentada porque la acaban de golpear, pues de inmediato intuimos que se ha cometido un delito, aunque con mayor precisión estaríamos ante un hecho descrito en la ley penal que se debe investigar para determinar si reúne los elementos que integran la conducta-típica.

Utilizaremos el término “conducta” como concepto general, para diferenciar claramente sus dos especies: acción y omisión.

Los supuestos de omisión reafirman que es preferible la denominación de conducta-típica, porque la relevancia penal de la conducta no radica en la acción realizada sino en el incumplimiento de un deber específico de actuar para salvaguardar el bien jurídico, conclusión a la cual solo podemos arribar cuando analizamos al mismo tiempo conducta y tipo. Así, por ejemplo, en el caso del salvavidas que se alejó de su lugar de vigilancia para ir a comer unos tacos mientras se ahogaba un niño en la fosa de clavados que debía vigilar, en esta situación no nos importa saber si estaba comiendo tacos o durmiendo en el pasto, porque lo relevante para el derecho penal es que él había firmado un contrato que le obligaba a estar en el balneario para salvar al niño cuando se estaba ahogando! y por esa razón le podemos atribuir normativamente su muerte, quedando integrada la conducta-típica de homicidio en comisión por omisión, cuyos criterios desarrollaremos más adelante.

Cuando el legislador identifica conductas que lesionan o ponen en peligro grave a un bien fundamental para la sociedad, puede tomar la decisión de prohibirla penalmente e incorporar su descripción en la ley penal. En ocasiones bastará un artículo para describir por completo el comportamiento prohibido o

ilícito, pero en otras será necesario relacionar varios artículos de una o varias leyes penales. Así, por ejemplo, el homicidio simple que se encuentra descrito por completo en el artículo 302 del CPF, pero para determinar si la conducta de transportar cocaína es típica, se necesita relacionar los artículos 193 y 194 del CPF con los artículos 237, 245, fracciones I, II y III, y 248, de la Ley General de Salud.⁸³

La descripción total de la conducta prohibida integrará el tipo penal y a través del juicio de tipicidad analizaremos si la conducta realizada por el sujeto se adecua completamente a lo descrito en el tipo penal.⁸⁴

El juicio de tipicidad en el sistema funcionalista social no solo implica el analizar si la conducta coincide con la descripción gramatical del tipo, sino que consiste en ir más allá y determinar si dicho comportamiento es aquel que el legislador quiso prohibir, para lo cual será necesario acudir a diferentes criterios respaldados con su fundamento jurídico que nos permitan cumplir con la garantía de legalidad,⁸⁵ labor en la cual se atenderá a tres vertientes: objetiva, normativa y subjetiva; aspectos que se erigen como elementos de la conducta-típica.

Por otra parte, en la conducta-típica existe una relación intrínseca entre un sujeto activo y uno pasivo. El sujeto activo es aquel que realiza la conducta que normativamente se considera como prohibida, sea de acción o de omisión, mientras que el sujeto pasivo es aquella persona o ente cuyo bien jurídico fundamental fue lesionado o puesto en peligro con el comportamiento del sujeto activo.

II. CLASES

Existe diversidad de criterios para clasificar las conductas-típicas, de las cuales nos ocupamos a continuación.

1. DE RESULTADO Y DE MERA ACTIVIDAD

Este criterio se utiliza para diferenciar las conductas-típicas consumadas, mientras que algunas alcanzan dicho grado con la pura actividad, otras requieren de un resultado.

⁸³ Sobre las construcciones lingüísticas del tipo, *cfr.* Puppe, Ingeborg, "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", en Frisch, Wolfgang *et al.*, *El error en el derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 94-97.

⁸⁴ *Cfr.* Cuesta Aguado, *op. cit.*, p. 30. Sobre la función de llamada del tipo, *cfr.* Roxin, Claus, "Acerca de la consolidación político-criminal del sistema de derecho penal", en *Dogmática penal y política criminal*, trad. de Manuel A. Abanto Vásquez, Lima, Perú, Idemsa, 1998, esp. p. 27.

⁸⁵ Sobre el particular, *cfr.* Roxin, *Derecho penal...*, *cit.*, esp. pp. 277 y 278.

Estaremos ante conductas-típicas de mera actividad, cuando el tipo no describe resultado alguno y para su consumación basta con el despliegue de la conducta del sujeto activo, por ejemplo,

Armas prohibidas

Artículo 160. A quien porte, fabrique, importe o acopie sin un fin lícito instrumentos que sólo puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas, se le impondrá prisión de tres meses a tres años o de 180 a 360 días multa y decomiso.

Del peligro de contagio

Artículo 199-Bis. El que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, será sancionado de tres días a tres años de prisión y hasta cuarenta días de multa.

Si la enfermedad padecida fuera incurable se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión.

Cuando se trate de cónyuges, concubinas, sólo podrá procederse por querrela del ofendido.

Falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a una autoridad

Artículo 247. Se impondrán de cuatro a ocho años de prisión y de cien a trescientos días multa:

I. Al que interrogado por alguna autoridad pública distinta de la judicial en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, faltare a la verdad.

II. Se deroga.

II. Al que soborne a un testigo, a un perito o a un intérprete, para que se produzca con falsedad en juicio o los obligue o comprometa a ello intimándolos o de otro modo;

IV. Al que, con arreglo a derecho, con cualquier carácter excepto el de testigo, sea examinado y faltare a la verdad en perjuicio de otro, negando ser suya la firma con que hubiere suscrito el documento o afirmando un hecho falso o alternando o negando uno verdadero, o sus circunstancias sustanciales.

Lo prevenido en esta fracción no comprende los casos en que la parte sea examinada sobre la cantidad en que estime una cosa o cuando tenga el carácter de acusado;

V. Al que en juicio de amparo rinda informes como autoridad responsable, en los que afirmare una falsedad o negare la verdad en todo o en parte.

Como se puede advertir en las anteriores descripciones de las conductas-típicas previstas en el CPF, no hay un resultado para su consumación, por lo cual la simple portación de arma es suficiente para tener por consumada la conducta prevista en el tipo del artículo 160 sin requerir lesionar o privar de la vida a otro, pues en ese caso ya estaríamos ante una conducta-típica de resultado, como la de lesiones o la de homicidio. Asimismo, bastará con la relación sexual del infectado para consumir la conducta-típica del peligro de contagio y no de la efectiva transmisión de la enfermedad, como tampoco se requerirá que la falsedad de la declaración tenga efecto alguno en la resolución de la autoridad

para consumir las conductas previstas en las fracciones citadas del artículo 247 del CPF.

En este sentido podemos citar el siguiente criterio de jurisprudencia:⁸⁶

DELITOS ELECTORALES. DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL RESULTADO QUE PRODUCEN Y DEL DAÑO QUE CAUSAN, DEBEN CONSIDERARSE ILÍCITOS DE SIMPLE ACTIVIDAD Y DE PELIGRO LOS.

El bien jurídico protegido por los delitos electorales en sentido amplio y general es la adecuada función electoral como medio de autonomasia de expresión de la voluntad popular, en esa virtud para que se configuren los elementos del tipo que integran el delito previsto por el artículo 403, fracción V, del Código Penal Federal, no se hace necesario un resultado material consistente en que se haya atacado la libertad de ejercer el sufragio de las personas a quienes se les recabó sus credenciales de elector para que se integren los elementos del tipo, supuesto que dicha situación sería, en todo caso, el fin último tutelado por los citados precepto y fracción, esto es, una libertad individual de sufragio; se afirma lo anterior en virtud de que sobre dicha violación individual destaca el fin inmediato y general protegido por los delitos electorales que como se señaló, lo constituye un adecuado proceso electoral, para que por medio de éste se exprese la voluntad del pueblo soberano a asignar sus representantes, así pues los delitos electorales deben considerarse de simple actividad y no de resultado, supuesto que en éstos el tipo penal se agota en el movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario para su integración la producción de un resultado externo, así también deben considerarse delitos de peligro y no de lesiones ya que el actuar de los activos (recoger a diversas personas sus credenciales para votar con fotografía sin causa alguna prevista por la ley) origina una propensión o un riesgo para obstruir la adecuada función electoral.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO.

Amparo en revisión 59/95. Miguel Ángel Terrones Ibarra y otro. 30 de marzo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Sergio Novales Castro. Secretaria: Elda Mericia Franco Mariscal.

En cambio, otros tipos penales describen conductas cuya consumación implica la lesión de un bien jurídico tutelado, por lo cual se les denomina conductas-típicas de resultado, tal y como sucede con la conducta-típica de homicidio (artículo 302 del CPF), cuyo resultado se verifica en el momento en que el sujeto pasivo muere; la violación (artículo 265 del CPF), cuya lesión al bien jurídico consiste en contravenir la libertad sexual al imponer la cópula; otro ejemplo de una conducta-típica de resultado es el allanamiento de morada (artículo 285 del CPF), que lesiona la inviolabilidad de la morada en el momento en que el sujeto activo se introduce furtivamente, con engaño o violencia en la casa habitada.⁸⁷ Es necesario advertir que el problema más importante

⁸⁶ Tesis VIII.2o.1 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, t. I, mayo de 1995, p. 356.

⁸⁷ Cfr. Mir Puig, Santiago, *Derecho penal (parte general)*, 3a. ed., España, PPU, 1990, esp. pp. 197 y 200; Roxin, *Derecho penal...*, cit., t. I, esp. p. 328.

de las conductas-típicas de resultado radica en determinar si la lesión del bien se puede o no atribuir a la conducta del autor.

Como se puede observar, no utilizamos el vocablo “delitos de mera actividad”, empleada por la doctrina mayoritaria, porque apenas estamos analizando la primera categoría (conducta-típica) y nos faltan por analizar las dos restantes (antijuridicidad y culpabilidad) para determinar si estamos o no ante un delito. Este criterio será utilizado para referirnos a las otras clases de conductas típicas.

2. INSTANTÁNEA Y PERMANENTE

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7o. del CPF, la conducta-típica puede ser instantánea o permanente; la primera se caracteriza porque la lesión del bien jurídico solo se puede concretar en un momento y no es posible prolongarlo en el tiempo. El caso más representativo es el de homicidio, cuya consumación se verifica hasta el momento en que la persona muere. En cambio, en la conducta-típica permanente, la conducta del autor genera un estado de lesión del bien jurídico que se puede prolongar en el tiempo, como sucede en la privación ilegal de la libertad, ello conforme al siguiente criterio de jurisprudencia.⁸⁸

PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD, CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE. El delito de privación de la libertad no exige para su configuración alguna circunstancia concreta y necesaria de temporalidad, toda vez que se integra en todos sus elementos, constituidos desde el momento mismo en que se lesiona el bien jurídico tutelado, que es la libertad del individuo, al evitar el libre actuar del sujeto pasivo de la infracción, siendo el elemento distintivo del delito instantáneo, que esta conducta puede prolongarse por más o menos tiempo, según lo establecen los diversos preceptos de los Códigos Penales.

Contradicción de tesis 61/97. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito y el Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito. 3 de diciembre de 1997. Cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

Tesis de jurisprudencia 4/98. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintiuno de enero de mil novecientos noventa y ocho, por unanimidad de cinco votos de los Ministros presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

⁸⁸ Tesis 1a./J. 4/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Primera Sala, t. VII, febrero de 1998, p. 92.

De igual forma, ciertas modalidades de delitos contra la salud se pueden considerar como conductas típicas permanentes, ello conforme a la siguiente tesis jurisprudencial:

SALUD, DELITOS CONTRA LA. TRANSPORTACIÓN. EN ESTA MODALIDAD ES UN DELITO PERMANENTE. La transportación implica llevar de un lugar a otro una cosa; por ende, la transportación de un estupefaciente implica que su autor inicie la conducta en un momento y lugar determinados y la culmine en un momento y lugar diversos, de manera que el delito a examen es de naturaleza permanente, es decir, no se agota en un determinado instante, sino que su consumación se prolonga a través del tiempo.

Competencia 167/87. Juez Primero de Distrito en el Estado de Michoacán y otro. 7 de enero de 1988. 5 votos. Ponente: Victoria Adato Green. Secretario: Luis Pérez de la Fuente.

Nota: En el Informe de 1988, esta tesis aparece bajo el rubro: "SALUD, DELITO CONTRA LA. EN SU MODALIDAD DE TRANSPORTACIÓN ES UN DELITO PERMANENTE".⁸⁹

3. DE ACCIÓN Y DE OMISIÓN

De acuerdo con lo establecido por el artículo 8o. del CPF, los delitos se pueden cometer por acción u omisión.

La mayoría de las conductas-típicas previstas en el libro segundo del CPF se encuentran descritas como acciones y muy pocas como omisiones, tales como el abandono de personas (artículo 340 del CPF) o la omisión de auxiliar a la autoridad que lo requiere para la investigación del delito o la persecución del delincuente (artículo 400, fracción IV, del CPF), por lo cual será necesario realizar toda una interpretación fundada en la ley para determinar cuáles conductas típicas de acción también pueden ser cometidas por omisión y ello será materia de análisis en el elemento normativo jurídico de la conducta típica.

4. DOLOSA Y CULPOSA

De acuerdo con lo establecido en el artículo 8o. del CPF, las conductas típicas solo admiten dos formas de comisión: dolo o culpa.

En determinado periodo se incluyó la forma de comisión preterintencional, pero ella ha quedado excluida del CPF.

Más adelante analizaremos ampliamente el dolo y la culpa en el elemento subjetivo genérico de la conducta-típica.

⁸⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Primera Sala, t. I, primera parte-1, enero-junio de 1988, p. 202.

5. DE LESIÓN Y DE PELIGRO

La mayor parte de las conductas-típicas contenidas en el libro segundo del CPF son de lesión y se caracterizan por requerir que la conducta afecte un bien jurídico para considerarse como “hechos consumados”. En este sentido, la conducta-típica de violación es de lesión, porque para su consumación se necesita el haber impuesto la cópula por medio de la violencia física o moral (artículo 265 del CPF), y de esa forma lesionar la libertad sexual.

En cambio, en los delitos de peligro su “consumación” no requiere de la lesión del bien jurídico porque basta con su puesta en peligro o amenaza intencional.⁹⁰ Respecto a las conductas-típicas de peligro, podemos citar la siguiente tesis jurisprudencial:

ABANDONO DE PERSONAS, IMPROCEDENCIA DEL PAGO DE REPARACIÓN DEL DAÑO TRATÁNDOSE DEL DELITO DE. El delito de abandono de personas que, en puridad técnica debe denominarse “omisión de deberes de asistencia familiar”, es un delito que tutela la vida e integridad corporal de los sujetos pasivos específicamente determinados en la figura, cuya consumación se actualiza con la puesta en peligro de estos bienes jurídicos, lo cual revela que en orden al resultado, debe considerarse como delito de peligro, en el que no puede existir daño material o moral que dé base a la sanción reparadora. En efecto, la reparación del daño, que forma parte de la sanción pecuniaria, no debe ser objeto de condena, tratándose de delitos de peligro, ya que éstos, por su naturaleza especial, no causan daños, sin que esto implique que el acreedor alimentista no tenga expedita su acción civil para obtener el pago de las pensiones adecuadas, ya que a través de la figura delictiva se ha pretendido únicamente una más efectiva tutela, para evitar los incumplimientos de deberes de asistencia que pongan en peligro completo la vida e integridad corporal del cónyuge e hijos menores, quienes por la conducta omisa del sujeto activo quedan en situación de desamparo total; pero es patente que esta tutela de naturaleza penal no elimina la posibilidad de ejercicio de las acciones civiles que, en su caso, podría ejercitar el acreedor alimentista.

Tribunal Colegiado del Décimo Circuito. Séptima Época: Amparo directo 65/73. Noé Alvarado Montejo. 31 de enero de 1974. Unanimidad de votos.

Amparo directo 256/74. Carmen Hernández Salvador. 29 de mayo de 1975. Unanimidad de votos.

Amparo directo 73/75. Bernardo Félix Chablé. 14 de julio de 1975. Unanimidad de votos.

Amparo directo 88/75. Candelario Díaz Jiménez. 23 de julio de 1975. Unanimidad de votos.

Amparo directo 130/77. Ernesto Sánchez López. 23 de junio de 1977. Unanimidad de votos.

NOTA: *Semanario Judicial de la Federación*, vols. 97-102, Sexta Parte, pág. 343.⁹¹

⁹⁰ Cfr. Roxin, *Derecho penal...*, cit., t. I, pp. 335 y 336.

⁹¹ Tesis 386, *Apéndice de 1995*, Séptima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, t. II, parte TCC, p. 217.

6. CONSUMADA Y TENTADA

Generalmente las conductas-típicas del segundo libro del CPF describen su consumación, lo cual implica la lesión del bien jurídico tutelado (vida, salud, patrimonio, etcétera). No obstante, existen ciertas conductas que se encajaron hacia la lesión del bien jurídico tutelado sin conseguirlo, en dichos supuestos el bien jurídico tutelado ha estado en peligro y por ello se ha incorporado una fórmula en el libro primero del CPF que permite ampliar la descripción de las conductas-típicas del libro segundo a todos aquellos supuestos de tentativa, en los términos siguientes:

Artículo 12. Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

Dicha fórmula de ampliación del tipo contempla tanto los supuestos en que el sujeto activo realizó todos los actos de ejecución para lesionar el bien jurídico sin conseguirlo (tentativa acabada) como aquellos en que solo dio inició a la ejecución de los actos sin culminarlos por causas ajenas a su voluntad (tentativa inacabada).

La tentativa punible comienza con los actos de ejecución y solo serán sancionados los actos de preparación cuando su descripción esté contemplada específicamente en el libro segundo del CPF. Como sucede con la portación de arma prohibida (artículo 160 del CPF) o la tenencia de las planchas para falsificar billetes (artículo 241, fracción IV, del CPF).

7. COMUNES Y ESPECIALES

Generalmente la descripción de la conducta-típica se refiere a personas en general con la expresión “al que”, ello significa que el sujeto activo puede ser cualquier persona. Pero ciertas conductas-típicas requieren de una calidad especial del sujeto activo, por ejemplo, servidor público o el extranjero. A estas conductas-típicas la doctrina mayoritaria les denomina como delitos especiales.⁹²

⁹² Cfr. Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., 3a. ed., p. 206.

Existen conductas-típicas especiales propias e impropias (delitos especiales propios e impropios). Las primeras se refieren a conductas que solo pueden ser delictivas cuando el sujeto activo tiene la calidad requerida en la descripción del tipo, dado que esa misma conducta es atípica para quien no ostenta dicha calidad, tal y como sucede con la descripción del enriquecimiento ilícito de servidores públicos (artículo 224 del CPF), la cual no tiene un correlativo para el enriquecimiento inexplicable de particulares. En cambio, la conducta-típica especial impropia se caracteriza porque la misma conducta-típica está prevista en dos tipos penales con diferentes rubros y su única diferencia radica en que en uno se requiere la calidad especial del sujeto activo y en el otro no, tal como ocurre entre el peculado (artículo 223, fracción I, del CPF) y el fraude (artículo 388 del CPF), figuras cuya única diferencia radica en la calidad de servidor público descrita en la primera y la exclusión de dicho requisito en la segunda.

III. ELEMENTOS QUE LA INTEGRAN

La conducta-típica se integra con tres elementos: objetivos, normativos y subjetivos, entre los cuales existe una relación horizontal, quedando su estudio de la forma siguiente:

Conducta-típica
Elementos objetivos - Elementos normativos - Elementos subjetivos

Una vez que se analizan los tres elementos, se puede determinar si la conducta es o no típica, por ello al analizarlos debemos representarnos mentalmente el experimento de los vasos comunicantes, en el cual se une la parte baja de tres recipientes con una manguera y al verter líquido en alguno de los tres vasos, se puede observar cómo fluye el líquido entre uno y otro de los recipientes hasta alcanzar el mismo nivel en los tres. Esta representación mental la podemos utilizar como forma de analogía, para considerar a cada uno de los recipientes como elementos (objetivos, normativos y subjetivos) y el fluido lo proporcionaría el hecho por analizar, cuyos aspectos nos indicarán la cantidad que debemos verter en cada uno y será hasta que los tres alcancen cierto nivel cuando podamos sostener que se trata de una conducta-típica, es decir, prohibida o ilícita.

En ocasiones un elemento tendrá mayor importancia que otro, pero solo hasta haber vaciado por completo el líquido en los tres vasos podremos determinar si alcanza el nivel para calificarlo como una conducta-típica y poder determinar con precisión de cuál se trata.

Así, en los delitos de acción tendrá mucha mayor importancia el elemento objetivo que el normativo, pero en los de omisión será el normativo el de más presencia, mientras que en los de tentativa será el elemento subjetivo el que cobre mayor protagonismo.

Para adelantar, algunos ejemplos: si en una fiesta Apolonio saca un cuchillo y apuñala en el corazón a Néstor causándole la muerte, no tendremos mayor problema para determinar que el elemento objetivo es el de mayor peso, porque se trata de una conducta de privar de la vida a otro, tal y como lo describe el artículo 302 del CPF. Pero la conducta del anesthesiólogo que sale de la sala de operaciones para hablar por teléfono descuidando su deber de monitorear los signos vitales del paciente, motivo por el cual no se da cuenta de la falta de oxígeno y la posterior muerte cerebral del paciente, solo se puede decir que se trata de una conducta típica de homicidio, cuando establecemos en el elemento normativo que había un deber de cuidado violado por el médico, de esta forma se le puede atribuir la muerte al médico y considerar que se trata de una conducta de homicidio aunque materialmente no lo mató!, pues objetivamente la conducta realizada fue la de llamar por teléfono, la cual no está descrita en ningún tipo penal. Por otra parte, la conducta del sujeto que somete por la fuerza a una mujer y la está introduciendo a una construcción, podría ubicarse objetivamente en una tentativa de violación, pero será hasta que se determine la intención del sujeto activo cuando podamos saber si efectivamente se trataba de una tentativa de violación o era una tentativa de secuestro o de homicidio o de lesiones, etcétera; de todo esto nos seguiremos ocupando con más detalle en líneas posteriores.

De lo antes expuesto queremos enfatizar que solo al analizar los tres elementos podremos determinar si el hecho acaecido es constitutivo o no de una conducta-típica y, además, de cuál de ellas se trata. Pero no hay una regla fija que nos indique con cuál elemento debemos empezar, sino que será el caso mismo el que nos guíe intuitivamente hacia el elemento más adecuado para iniciar el análisis.

Comencemos con el desarrollo del elemento objetivo.

CAPÍTULO SEGUNDO

ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA CONDUCTA-TÍPICA

El elemento objetivo es el más importante para determinar la conducta típica de los delitos de acción y de resultado, pues en ellos la conducta prohibida queda plasmada en la ley a través del uso de verbos de acción, por ejemplo: privar (artículo 302 del CPF), inferir (artículo 289 del CPF), apoderarse (artículo 367 del CPF), etcétera. Asimismo, el resultado producido por la conducta supone, en la mayoría de casos, un cambio externo en el estado de las cosas, en los supuestos antes señalados: muerte, lesión o pérdida del dominio de una cosa. Al tratarse de manifestaciones externas, la conducta y el resultado, normalmente se pueden percibir a través de los sentidos: vista, oído, olfato, tacto y gusto.

Así, en el análisis de los elementos objetivos existen dos cuestiones fundamentales por resolver: voluntad y nexo causal entre el resultado y la conducta.

I. VOLUNTAD

La conducta debe ser voluntaria para ser considerada como prohibida por el legislador, es decir, el sujeto debe tener la facultad o posibilidad física de dominar su cuerpo, por lo cual podemos definir a la voluntad como la “capacidad para autodeterminar libremente nuestros movimientos corporales”.⁹³

El análisis de la voluntad es estrictamente físico-objetivo, a través del cual se debe responder a la pregunta ¿cómo lo hizo?, quedando para el análisis del elemento subjetivo la pregunta ¿por qué lo hizo?.

Así, por ejemplo, si una persona se levanta y camina, con el análisis de la voluntad se buscará responder a la pregunta ¿cómo se levantó y caminó?, es decir, si el sujeto se movió con sus propias fuerzas siendo dueño y señor de su cuerpo al activar los músculos de sus piernas, para incorporarse y dar pasos hasta llegar a un punto determinado. En cambio, será en el elemento subjetivo donde buscaremos responder a la pregunta: ¿para qué se levantó y caminó?, las respuestas pueden ser diversas, si lo hizo con el fin de cambiarse de ha-

⁹³ Sobre el concepto de conducta voluntaria, *cfr.* Jiménez Huerta, Mariano, *Panorama del delito* (nullum crimen sine conducta), México, Imprenta Universitaria, 1950, pp. 11-22; Porte Petit Candaudap, Celestino, *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, I, 11a. ed., México, Porrúa, 1987, pp. 317-330.

bitación, para ir al cine o al parque, etcétera. Esta diferencia en el análisis de los elementos de la conducta típica es muy importante y suele olvidarse en la práctica jurídico penal, dando lugar a erróneos juicios de tipicidad, investigaciones inservibles y procesos penales con resoluciones injustas.

La ausencia de la voluntad dará lugar a la exclusión del elemento objetivo de la conducta típica, lo cual analizaremos más adelante.

II. NEXO CAUSAL

La conducta voluntaria desencadenará una serie de resultados que se convertirán en causas que culminarán con el resultado descrito en el tipo penal. Así, por ejemplo, si Gaudencio saca una pistola cargada, apunta y jala del gatillo, ello provocará que el martillo golpee la bala y tenga como resultado su percusión, lo cual a su vez será la causa cuyo resultado fue la salida de la bala por el cañón y la causa de su velocidad, dando como resultado el impacto en el cuerpo de Maclovio causándole una lesión en el corazón que culminó con su muerte. Como es fácil advertir, todo inició con la conducta voluntaria de Gaudencio de disparar el arma, con lo cual desencadenó una serie de causas que culminaron con el resultado de muerte de Maclovio, prevista en el artículo 302 del CPF que a la letra dice lo siguiente: “comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro”. Este será nuestro segundo punto de análisis: establecer la relación causal o nexo que une la conducta con el resultado.

La relación causal puede establecerse a través de nuestros sentidos: vista, oído, tacto, olfato y gusto. Por ejemplo, si hay testigos que vieron cuando Gaudencio apuntó con la pistola hacia Maclovio, significa que ellos vieron y oyeron cuando la accionó, escuchando casi de inmediato a la víctima gritar del dolor y verla caer al piso donde quedó desangrándose hasta morir, dichas testimoniales son indicios para decir que Gaudencio realizó la conducta típica de homicidio. Sin embargo, nuestros sentidos nos pueden engañar al no habernos percatado que Gaudencio erró en el blanco, y en el mismo momento, desde un lugar oculto, Teófilo hizo el disparo que verdaderamente privó de la vida a la víctima. Por ello es necesario, e incluso más importante, que los hechos se demuestren mediante pruebas realizadas por expertos denominados peritos; en el ejemplo del homicidio será indispensable la autopsia del médico forense que determinará la causa de la muerte, del criminalista, quien a través de pruebas científicas establecerá cómo, cuándo, dónde, quién y en qué circunstancias acaeció el hecho,⁹⁴ por ejemplo: determinar si el probable responsable (Gaudencio) disparó o no el arma, la trayectoria de la bala, la posición entre víctima (Maclovio) y victimario, la mecánica de los hechos y, en

⁹⁴ Cfr. <http://www.criminalistica.net/forense/general/dactiloscopia/21-aspectos-de-la-prueba-pericial>.

general, todas aquellas pruebas que nos permitan sustentar a ciencia cierta (científico-naturalmente) la relación material o causal entre la conducta y el resultado, en el caso planteado, para poder sostener que ino fue Gaudencio quien mató a Maclovio, sino Teófilo!

Conforme a lo anterior, con los elementos objetivos determinaremos la relación causal que existe entre la conducta y el resultado, lo cual fue explicado con la teoría causalista resumida en la frase “la causa de la causa es la causa de lo causado”, también conocida como teoría de la *condicio sine qua non* y la cual implica establecer toda la causalidad desencadenada por la conducta hasta llegar al resultado, de tal forma que no basta con demostrar que el sujeto activo disparó el arma, sino también que la bala que salió del cañón de dicha pistola fue la que siguió determinada trayectoria, impactó y lesionó un órgano fundamental, produciendo la muerte de la víctima. Si dicha cadena causal no está respaldada con pruebas científicos-naturales, habrá duda y, en consecuencia, atendiendo al principio *in dubio pro reo*, previsto en el artículo 402, párrafo tercero, del CNPP, es muy probable que el acusado resulte exonerado en la sentencia emitida después de la audiencia de juicio oral.

Desde el punto de vista procesal, tal como lo establece el artículo 316, fracción III, del CNPP, será suficiente con datos que hagan probable la responsabilidad del imputado para que se dicte auto de vinculación a proceso, es decir, podría bastar con los testigos u otros indicios, pero para dictar sentencia condenatoria se necesitará presentar en la audiencia de juicio oral las pruebas que demuestren, sin lugar a dudas, que efectivamente el acusado mató a la víctima y para ello no basta con indicios, sino que se requieren pruebas científicas que nos permitan sostener con certeza que el acusado privó de la vida a la víctima.

Todo lo expuesto nos puede acercar a una explicación de la resolución emitida en el caso Rubí, acaecido en Ciudad Juárez en 2008, en el cual había indicios para creer que Sergio Rafael B. B. había privado de la vida a la joven; durante la audiencia de juicio oral se desahogaron los testimonios de peritos que confirmaron que la osamenta calcinada de Rubí F. E. presentaba múltiples golpes en el cráneo. Sin embargo, el fiscal no probó científicamente ni aportó otros elementos que permitieran sostener con certeza que fue Sergio Rafael B. B. quien la mató, pues también había la posibilidad de que el autor fuera el hermano de Sergio Rafael u otra persona, y de igual forma quedaba el interrogante si la causa de la muerte fueron las lesiones causadas por los golpes o por las quemaduras; en pocas palabras iel fiscal jamás estableció científicamente el nexo causal entre la conducta de Sergio Rafael B. B. y la muerte de Rubí F. E.! Es más, las testimoniales que ofreció eran de oídas y ni siquiera dejaban claro cómo había sucedido el hecho, pues uno de los testigos dijo haber escuchado al acusado decir que la privó de la vida a *balazos*, mientras que otro le escuchó decir que la había *aventado* al piso de la recámara en su

casa. Por otra parte, como el nexo causal no se probó, entonces la acusación se sustentó en una supuesta confesión de Sergio Rafael B. B., ya que, en la audiencia de debate de juicio oral, “dio a entender” que había matado a *Rubí*; pero el análisis de los videos⁹⁵ nos deja claro que el acusado se limitó a pedir perdón a la madre de la occisa sin que en alguna de sus frases señalara el cómo, cuándo, dónde, quién y en qué circunstancias acaeció el homicidio. Por ello es que el Tribunal de Juicio Oral debía absolver a Sergio Rafael B. B. y así fue como lo hizo, pues de lo contrario habrían vulnerado los derechos de defensa y presunción de inocencia, además de que la condena solo se podría sostener con pruebas ilícitas, lo cual implicaría una flagrante violación al debido proceso. En resumen, si los jueces hubieran condenado a Sergio Rafael B. B., habrían contravenido los principios fundamentales del proceso penal acusatorio. Por ello es que no podemos entender los criterios seguidos por los magistrados para revocar posteriormente el fallo.

Conforme a lo expuesto, aunque los sentidos (vista, oído, olfato, tacto y gusto) pueden servir a los testigos para describir hechos, ello no es suficiente para que los jueces consideren probada la relación causal entre la conducta y el resultado, por lo cual, en el debate de juicio oral será indispensable ofrecer las pruebas científicas sustentadas en opiniones de expertos (médicos, contadores, arquitectos, mecánicos, etcétera), las cuales sean tan contundentes que no dejen lugar a duda sobre el cómo, cuándo, dónde, quién y en qué circunstancias acaeció el hecho; de lo contrario se podrían contravenir los principios del nuevo sistema de justicia penal, la carta magna y los tratados internacionales, al seguir con la vieja práctica de acusar y condenar con indicios.

En resumen, los elementos objetivos de la conducta-típica se perciben a través de los sentidos y se demuestran científico-naturalmente, y solo así se puede sustentar la acusación y condenar al responsable del delito.

Por último, la unión entre la conducta y el resultado puede enfrentar problemas ¿cuál es la causa inicial?, ¿hasta dónde terminan los resultados?, ¿qué sucede cuando la conducta no causó el resultado? Para ejemplificar todo lo anterior, nos serviremos del ejemplo de la conducta típica de homicidio, ¿fue la causa de la muerte la conducta de quien disparó la pistola o la conducta de quien construyó el arma?, y si la bala solo lesionó levemente y se podía salvar a la víctima, pero esta se negó a recibir asistencia médica hasta morir, ¿se atribuye el resultado de muerte a quien disparó, al médico o a ninguno de los dos? La solución a estos problemas la podemos encontrar al analizar los elementos normativos jurídicos implícitos, pues en casos como los planteados solo podremos determinar en los elementos objetivos cuál fue la conducta realizada y el resultado verificado, en otras palabras, el nexo causal es un primer indicio de nuestro análisis, pero no siempre es el único.

⁹⁵ <http://www.youtube.com/watch?v=hNOYjr5vx-Y>.

Publicación Electrónica,
núm. 12, 2014
Instituto de Investigaciones
Jurídicas, UNAM

CAPÍTULO TERCERO

ELEMENTOS NORMATIVOS DE LA CONDUCTA-TÍPICA

Los elementos normativos de la conducta típica son aquellos que requieren de una valoración ya sea cultural o jurídica.

I. CULTURALES

En ocasiones, el legislador describe la conducta prohibida utilizando palabras que requieren de una valoración, para la cual es necesario acudir a las costumbres o normas de la sociedad en el lugar y tiempo en que se verificó el hecho. En dichos supuestos estamos ante los llamados elementos normativos culturales.

Así, por ejemplo, al buscar revistas para niños y adolescentes en internet, se despliegan una gran cantidad de portadas, entre las cuales aparecen algunas con mujeres y hombres con partes íntimas del cuerpo descubiertas, hecho que podría encuadrarse en la conducta típica prevista en el artículo 200 del CPF en los términos siguientes:

Corrupción de Personas Menores de Dieciocho Años de Edad o de Personas que no tienen Capacidad para comprender el Significado del Hecho o de Personas que no tienen Capacidad para Resistirlo.

Artículo 200. Al que comercie, distribuya, exponga, haga circular u oferte, a menores de dieciocho años de edad, libros, escritos, grabaciones, filmes, fotografías, anuncios impresos, imágenes u objetos, de carácter pornográfico, reales o simulados, sea de manera física, o a través de cualquier medio, se le impondrá de seis meses a cinco años de prisión y de trescientos a quinientos días multa.

De esta guisa, para confirmar si el supuesto planteado se adecua o no a la descripción hecha por el legislador en el tipo previsto en el citado artículo 200, es fundamental determinar si conforme a las normas sociales mexicanas se puede considerar que dichas imágenes tienen un carácter pornográfico, para lo cual se podrá interrogar a miembros de esa comunidad, y solo cuando estos respondan afirmativamente podremos sostener que la conducta de quien subió las imágenes a la web está prohibida penalmente y se adecua al tipo citado.

Asimismo, el legislador emplea elementos normativos culturales al referirse al “asedio” en la conducta típica de hostigamiento sexual (artículo 259 bis del CPF), el insulto que supone el “ultraje” a las insignias nacionales (artículo 191 del CPF) o el “engaño” en el estupro (artículo 262 del CPF).

II. JURÍDICOS

Desde mi punto de vista, los elementos normativos jurídicos se pueden dividir en expresos e implícitos.

1. EXPRESOS

En la descripción de algunos tipos penales podemos encontrar términos o palabras que nos remiten a otras leyes, dado que su comprensión no es material ni de valoración social. Así, por ejemplo, en el robo, los sentidos nos pueden ayudar a percibir el “apoderamiento” y la “cosa” que son elementos objetivos, pero no la “ajeneidad”, la cual requiere forzosamente de una valoración jurídica conforme al derecho civil.

Otro ejemplo de los elementos normativos jurídicos expresos lo constituye el concepto de servidor público, previsto en el artículo 212 del CPF, pues solamente al analizar diferentes normas, principalmente leyes administrativas, podremos determinar si el sujeto puede o no ser considerado como tal y, en consecuencia, cometer alguno de los delitos previstos en los artículos 214 a 224 del CPF, como el ejercicio indebido de servicio público, abuso de autoridad, desaparición forzada de personas, cohecho, peculado, etcétera. De ahí que el particular que incrementa su patrimonio sin poder acreditar su lícita procedencia no podrá adecuarse a la conducta-típica de enriquecimiento ilícito (artículo 224 del CPF), simple y sencillamente porque no tiene la calidad de servidor público.

2. IMPLÍCITOS

A. El sentido de la prohibición

Así como el territorio de un país está delimitado por fronteras, los elementos normativos implícitos son argumentos que nos ayudan a establecer los límites de hasta dónde pueden llegar los alcances de la prohibición descrita en el tipo penal. Esta labor es fundamental, dado que en muchas ocasiones las palabras empleadas por el legislador no nos permiten afirmar con rotundidad si el hecho es aquel que el legislador quiso prohibir o, por el contrario, si sale

de dicho radio y pasa a los terrenos de lo permitido; en ambos casos sería injusto tanto dejar impune una conducta verdaderamente típica como considerar ilícita aquella que en realidad estaba permitida.

Como primer paso, para delimitar el radio de prohibición de la norma, podemos formular la siguiente pregunta ¿es el hecho que se analiza aquel que el legislador quiso prohibir al describir la conducta típica?⁹⁶ Al efecto podemos recurrir tanto a la interpretación gramatical de la ley como a la teleológica, histórica y sistemática, y solo cuando la respuesta sea afirmativa podremos proseguir con nuestro análisis para determinar si también es constitutivo de delito.

La interpretación gramatical e histórica quedó debidamente aclarada y ejemplificada al exponer la interpretación auténtica de la ley y la solución al caso de las declaraciones fiscales anuales, por lo cual remitimos al lector a esa sección. Ahora nos ocuparemos de aquellos supuestos en los que el hecho se adecua exactamente a lo que el legislador describió en el tipo, pero el análisis teleológico de la norma nos lleva a sostener que dicho supuesto no es aquel que el legislador quiso prohibir y, en consecuencia, debe ser considerado como lícito.

Así, por ejemplo, el artículo 105, fracción XVII, párrafo 2o., del Código Fiscal de la Federación, establece:

ARTÍCULO 105. SERÁ SANCIONADO CON LAS MISMAS PENAS DEL CONTRABANDO, QUIEN:
XVII...

LA PERSONA QUE NO DECLARE EN LA ADUANA A LA ENTRADA AL PAÍS O A LA SALIDA DEL MISMO, QUE LLEVA CONSIGO CANTIDADES EN EFECTIVO, EN CHEQUES NACIONALES O EXTRANJEROS, ÓRDENES DE PAGO O CUALQUIER OTRO DOCUMENTO POR COBRAR O UNA COMBINACIÓN DE ELLOS, SUPERIORES AL EQUIVALENTE EN LA MONEDA O MONEDAS DE QUE SE TRATE A TREINTA MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA SE LE SANCIONARA CON PENA DE PRISIÓN DE TRES MESES A SEIS AÑOS. EN CASO DE QUE SE DICTE SENTENCIA CONDENATORIA POR AUTORIDAD COMPETENTE RESPECTO DE LA COMISIÓN DEL DELITO A QUE SE REFIERE ESTE PÁRRAFO, EL EXCEDENTE DE LA CANTIDAD ANTES MENCIONADA PASARA A SER PROPIEDAD DEL FISCO FEDERAL, EXCEPTO QUE LA PERSONA DE QUE SE TRATE DEMUESTRE EL ORIGEN LÍCITO DE DICHOS RECURSOS.⁹⁷

En dicho supuesto se encuadró la conducta del arquitecto que recibió un cheque de Banamex a su nombre por la cantidad de cuarenta mil dólares americanos para iniciar la construcción de un centro comercial y, momentos después, salió de Mexicali para hacer sus compras en Calexico, sin declarar en la aduana la posesión del cheque ni a la salida ni a la entrada al país, pero a su regreso la luz del semáforo fiscal prendió en rojo y fue sometido a revisión por el agente aduanal, quien encontró el documento. Sin lugar a dudas el arquitecto realizó la conducta descrita en el tipo y no solo una vez sino dos veces! tanto al salir

⁹⁶ En este sentido, *cfr.* Roxin, *Derecho penal...*, *cit.*, pp. 131 y 204; Mir Puig, *Derecho penal...*, *cit.*, 3a. ed., p. 235.

⁹⁷ [http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/7/200.htm?s=.](http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/7/200.htm?s=)

como al entrar al país sin declarar la tenencia del cheque, pero si atendemos al sentido de la prohibición, encontraremos que con esa norma el legislador quiso sancionar la salida o entrada de capitales de procedencia ilícita al país, lo cual no sucede en el caso planteado porque la procedencia es lícita y sobre todo porque el capital jamás salió!, pues al no haber cobrado el cheque en los Estados Unidos de América, entonces solo salió y regreso con un papel!, supuesto que no debe ser considerado como prohibido penalmente, por lo cual la conducta sale del radio de prohibición que el legislador pretendió describir en el tipo.

B. La imputación

Si al criterio del sentido de la prohibición de la conducta le aunamos la pregunta ¿se le debe atribuir el resultado?, entonces encontraremos una fuente altamente esclarecedora de interpretación para resolver distintos supuestos con justicia. Bajo el rubro de imputación desarrollaremos diversos criterios que nos van a servir para determinar cuáles resultados se pueden atribuir a la conducta de acción que los causó y, también, aquellos que le son atribuibles a la conducta de quien no los causó pero debió evitarlos (omisión).⁹⁸ Por ello, sostenemos que estamos en presencia de una teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta y no de una teoría de la imputación objetiva del resultado, tal y como la han etiquetado la mayoría de los autores de habla castellana.⁹⁹

a. Del resultado a la acción

i. Conforme al peligro intrínseco

Tomando en consideración que los seres humanos adquieren conocimientos a través de la experiencia diaria y que las leyes son iguales para todos, entonces solo tiene sentido prohibir la conducta que cualquiera identificaría con el peligro intrínseco suficiente para provocar el resultado. Para realizar este

⁹⁸ Aunque hay autores que niegan la existencia de una teoría de la imputación. Cfr. Hirsch, Hans Joachim, "Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland in grundsätzlicher Sicht", en Hirsch, Hans Joachim y Weigend, Thomas [Hrsg.], *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, Berlín, Duncker u. Humblot (Kölner kriminalwissenschaftliche Schriften; 1), 1989, pp. 69 y ss, cita en Roxin, "Acerca de la consolidación...", *cit.*, p. 31.

⁹⁹ Para un amplio desarrollo del tema, véase mi libro en coautoría con Cancio Meliá, *La imputación normativa del resultado a la conducta*, Santa Fé, Argentina, Rubinzal-Culzoni, Colección Autores de Derecho Penal, 2004. Por otra parte, para referirnos solo a algunos de los múltiples trabajos sobre la materia: Jakobs, Günter, *La imputación objetiva en derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Madrid, 1996; Martínez Escamilla, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, Edersa, 1992, 385 pp.; Reyes Alvarado, Yesid, *Imputación objetiva*, Santa Fé de Bogotá, Colombia, Temis, 1994.

juicio de valoración podemos recurrir nuevamente al criterio *ex ante*,¹⁰⁰ de tal suerte que si al analizar el caso concreto podemos decir que la conducta realizada por el sujeto es aquella que todos reconocen como aquella que normalmente produciría el resultado, entonces y solo entonces le podemos atribuir el resultado verificado, pero lo debemos excluir si la respuesta es negativa. Lo anterior nos será de gran utilidad para valorar las cadenas causales establecidas en el elemento objetivo y delimitar el radio de prohibición al integrar el criterio normativo de imputación.

De esta guisa, podemos excluir de inmediato conductas que por icasualidad! se encuentran en la cadena causal que culminó con un resultado de lesión del bien jurídico, pero, reitero, ello fue más por una casualidad que por un verdadero peligro intrínseco de la conducta. Para mayor claridad podemos recurrir a un ejemplo; así, en octubre de 2002, Rubén O. le preguntó a Nicolás H. el mejor camino para ir del Distrito Federal a San Luis Potosí, quien le recomendó la carretera México-Querétaro, pero como deseaba que tuviera un accidente, no le dijo que era peligrosa por los deslaves, lo cual efectivamente ocurrió. En otro supuesto, Juan P. le regaló a su esposa María J. un tratamiento para bajar de peso con la esperanza de que muriera al someterse a la terapia, lo cual sucedió. También el caso de Juan D., quien citó a María R. en un lugar asediado por pandilleros con la esperanza de que la atacaran y la mataran, lo cual efectivamente acaeció. En esta constelación de supuestos, cualquiera puede sostener que dar un consejo sobre la ruta a seguir en un viaje no puede ser considerado como una conducta de lesiones, o el hecho de regalar un tratamiento de reducción de peso o citar a una persona en un lugar determinado no son aquellas conductas que el legislador quiso plasmar como homicidio, es más ni siquiera podemos sostener que sean conductas prohibidas en general. De ahí que la falta de peligro de la conducta desplegada por el autor solo nos dejaría para su valoración sus malas intenciones, pero ya sabemos que el pensamiento por sí solo no puede ser punible, con lo cual no queda más que excluir el comportamiento del radio de prohibición de la norma y excluirle la imputación del resultado aunque hayamos podido unirlos causalmente.

En otras ocasiones, la valoración de la conducta nos indica que esta no alcanza el grado de peligro que cualquiera reconocería para ser considerada

¹⁰⁰ Cfr. Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., 3a. ed., pp. 232 y 233; Roxin, Claus, "Finalidad e imputación objetiva", *CPC*, Madrid, Edersa, núm. 40, 1990, p. 132. Incluso Mezger hizo una referencia al concepto de "peligro", entendido como posibilidad inmediata: "la probabilidad cognitiva de la producción de un determinado acontecimiento dañoso". Del autor citado, Mezger, Edmund, *Tratado de derecho penal*, trad. de la 2a. ed. alemana, Madrid, Revista de Derecho Privado (Grandes tratados generales de derecho privado y público), 1957, t. I, pp. 245-247. Por su parte, Welzel interpretó que no solo se requiere la "voluntad tendiente a la realización típica, sino también la voluntad capaz de la realización del tipo"; si por capacidad entendiéramos el conocimiento basado en la experiencia general, de que con esa conducta se podrá provocar el resultado, entonces no podría ser considerada como conducta-típica dolosa de homicidio el mandar a alguien a traer leños, porque normalmente esa conducta no es "capaz" de privar de la vida. Claro es que esta interpretación ha supuesto una mezcla entre la teoría de la acción final y la teoría de la causalidad adecuada.

como aquella que el legislador quiso prohibir al redactar el tipo y, por tanto, la imputación del resultado es tan débil que hacerlo sería contrario a los fundamentos del mismo derecho penal. Retomando el ejemplo de las conductas del minero que extrae el material con el cual se fabrica una pistola, la del constructor y la del vendedor de la misma, aunque con un análisis puramente objetivo, podemos unir sus conductas con la del sujeto que disparó y causó la muerte, el sentido de la prohibición que subyace en el tipo de homicidio nos lleva a excluirlas porque la descripción solo puede alcanzar a quien accionó el arma para imputarle la muerte, pero no a quienes causalmente le antecieron: minero, constructor y vendedor.

El criterio anterior, además de ser útil para delimitar los procesos causales hacia atrás y determinar las conductas con las cuales inicia la prohibición de la norma, también nos va a servir para establecer sus alcances posteriores (procesos causales hacia adelante), como sucede cuando se realiza una conducta peligrosa para el bien jurídico tutelado; es menester mencionar que el peligro intrínseco de la conducta no alcanza para imputarle jurídicamente resultados posteriores, debido a que cualquiera solo reconocería un mal menor o por la concurrencia de cursos causales imprevisibles.

Para ejemplificar los supuestos de falta de peligro intrínseco suficiente de la conducta desplegada, podemos recurrir al clásico ejemplo de quien da un puñetazo a un hemofílico que posteriormente muere desangrado, o al hecho ocurrido en Chihuahua cuando dos jóvenes caminaban con su madre y al llegar a la esquina, esta última no se da cuenta que el semáforo peatonal está en rojo y al bajar la banqueta es arrollada por un vehículo, situación que provocó la ira de uno de los hijos, quien al tener de frente al conductor le dio un puñetazo, haciéndole perder el equilibrio y caer hacia atrás golpeándose la nuca y perdiendo la vida. Sin duda alguna, en ambos supuestos la conducta de quien dio el puñetazo está prohibida, pero su peligro intrínseco solo alcanza para imputarles normativamente las lesiones que cualquiera sabría que se pueden ocasionar con el golpe, pero no la muerte.

A diferencia del caso de quien dispara al aire sin tener a la vista a la víctima, aunque los conocimientos aportados por la balística y las demás ciencias naturales nos indiquen que era muy difícil dar en el blanco y privarla de la vida, cualquiera sabe que es muy peligroso realizar esa conducta porque puede resultar mortal, por lo cual el peligro intrínseco de la conducta nos obliga a desvalorarla e imputarle la muerte, dejando para el análisis del elemento subjetivo si fue con dolo o imprudencia.¹⁰¹

Por supuesto que el peligro intrínseco de la conducta y la imputación del resultado no desaparecen aunque se pudiera demostrar que en ese momento había otras personas dispuestas a realizar la misma conducta prohibida, por

¹⁰¹ Cfr. Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., 3a. ed., pp. 232 y 233.

lo que de todas maneras hubiera sido lesionado el bien jurídico tutelado (principio de asunción).¹⁰² Sencillamente no sería lógico retirar la prohibición de la conducta porque más de una persona esté dispuesta a infringir la norma.

Para ilustrar lo anterior, si una persona roba los faros del vehículo estacionado en la colonia Doctores, su conducta no puede ser excluida del tipo de robo, aunque este pudiera demostrar que en el momento de comisión del hecho, otro u otros también estaban esperando la oportunidad para robárselos. En el caso concreto, en 2004, Pedro Damián desapoderó a Juan L. de dinero y joyas valiosas, encuadrando su conducta en el tipo de robo, pero lo interesante del caso fue que durante el proceso, Pedro Damián manifestó en diversas ocasiones que no entendía por qué iba a ser sancionado si "Juan L. iba a ser asaltado de todas formas porque varios ladrones de la zona de Tepito ya lo estaban siguiendo al ver su atuendo tan ostentoso". En el mismo sentido, el conductor de un taxi quiso excluir la adecuación de su conducta en el tipo de violación, argumentando que cualquier otro taxista hubiese hecho lo mismo debido a que Karina Q. salió en la madrugada del salón Minnesota, lugar donde se practica la prostitución, vestía una minifalda muy provocativa y estaba muy ebria. Sin embargo, como hemos afirmado anteriormente, el sentido de la prohibición de la conducta se mantiene intacto, aunque se pudiera demostrar que en el momento de realizar la comisión había otros dispuestos a hacer lo mismo.

ii. *Conforme al fin de protección*

Existen comportamientos que en sí mismos entrañan peligro de lesión de bienes jurídicos, pero que sería imposible prohibirlos debido a que, por diversas razones, también son valiosos para la sociedad. El ejemplo más representativo de estos supuestos es la conducción de vehículos de motor; las estadísticas demuestran claramente la gran cantidad de accidentes que a diario se verifican en las carreteras nacionales y provocan daños, lesiones y muertes, lo anterior se puede corroborar con los siguientes datos:

En los últimos 6 años las muertes por accidentes de tránsito figuraron entre las primeras diez causas de muerte en México y en 2011 fueron la octava causa de muerte. En ese mismo año se registraron 412,087 accidentes de tránsito, en los que fallecieron 16,615 personas y quedaron lesionadas 162,029 de quienes no se puede determinar la gravedad de sus lesiones. En comparación con 2011 la tasa de mortalidad por cada 100,000 habitantes fue igual a 14.4, poco menos del 1% que en 2010, año en el que la tasa fue igual a 14.5.¹⁰³

¹⁰² Roxin, *Derecho penal...*, cit., p. 368.

¹⁰³ Cervantes Trejo, Arturo et al., *Tercer informe sobre la situación de la seguridad vial, 2013, Coprapa Secretariado Técnico, Consejo Nacional para la Prevención de Accidentes*, México, Secretaría de Salud, 2013, p. 11.

Sin embargo, prohibir por completo el tráfico vehicular sería tanto como paralizar la economía nacional, de allí que el legislador se vea en la necesidad de permitir dichas conductas y tratar de reducir al mínimo los riesgos a través de reglamentos, con lo cual solo se debe atribuir la lesión del bien jurídico cuando la conducta desplegada violó los deberes de cuidado previstos en las normas reglamentarias establecidas específicamente para evitarlo. De ahí que en el accidente de la pipa de gas que chocó y explotó en la carretera Méxicco-Pachuca, el 7 de mayo de 2013, los 27 muertos, 33 heridos y 35 casas dañadas, se le pueden atribuir al conductor solo si se concluye que lo acontecido se debió a la violación de un deber específico de cuidado previsto en el Reglamento de Tránsito en Carreteras y Puentes de Jurisdicción Federal, como, por ejemplo, conducir a más de 80 km/h (artículo 134, fracción I) provocando la pérdida del control y dando como resultado el siniestro; lo cual se comprobará con los dictámenes de los peritos en tránsito terrestre. Pero si el sujeto cumplió con todas las normas de cuidado previstas en el reglamento, entonces no se deberá imputar dicho resultado a la conducta del conductor debido a que el riesgo de lesión estaba permitido previamente por el legislador.¹⁰⁴ Ello no obstará para proseguir con la investigación para determinar si los resultados se pueden atribuir a la conducta de otra persona, por ejemplo, porque la pérdida de control se debió a un bache en la carretera o por la avería del sistema de dirección del tracto camión debido a su falta de mantenimiento por la empresa.

Más complejos son los supuestos de cursos causales concurrentes pero imprevisibles, pues la conducta desencadenante del proceso causal entrañaba *ex ante* el peligro y el fin de la norma era evitar la lesión efectivamente verificada, pero dicho resultado fue producto de otro comportamiento al cual se le debe atribuir normativamente el resultado. Ilustra claramente lo anterior el supuesto de quien dispara a su víctima (conducta peligrosa para el bien jurídico vida), pero la bala solo la hiere levemente y la muerte sobreviene posteriormente por una causa distinta, como las fracturas sufridas al colisionar el ambulancia en la que era trasladada al hospital, o por una peritonitis causada por el bisturí infectado al realizar la intervención quirúrgica,¹⁰⁵ o por las gasas que se quedaron

¹⁰⁴ Cfr. Roxin, *Finalidad e imputación...*, cit., pp. 139-141; Ferrante, Marcelo, "Una introducción a la teoría de la imputación objetiva", en *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, pp. 25 y 26.

¹⁰⁵ En este sentido, el supuesto de hecho de la sentencia del Tribunal Supremo Español de 5 de junio de 1928: "Resultando que la tarde del 4 de abril de 1927, en el pueblo de Coyote (Oviedo) con motivo del deslinde de una finca se promovió una disputa entre Claudio y el procesado Rafael, durante la cual, sacando éste un arma corta de fuego hizo varios disparos contra Claudio, causándole una lesión en la región paratiroidea izquierda, que interesó la laringe y el cuerpo tiroideos e hizo precisa la intervención quirúrgica practicándole a las pocas la traqueotomía en el hospital Provincial de Oviedo, sobreviniendo más tarde una bronconeumonía de naturaleza infecciosa, ocasionada por no hallarse en la debida asepsia el bisturí utilizado, con el cual se había operado un acceso a otro enfermo, y que determinó el fallecimiento, ocurrido al día siguiente. De no haber surgido la expresada infección, le herida sufrida hubiera curado sin defecto ni deformidad a los cuarenta días de asistencia facultativa", cita en Silva Sánchez, Jesús María *et al.*, *Sistema de casos prácticos de derecho penal (con soluciones)*, Barcelona, España, José María Bosch, 1993, pp. 71 y 72.

en el cuerpo después de suturar la herida, o por las quemaduras sufridas al incendiarse el hospital. En dichos supuestos, pese a que el peligro que entraña la conducta de disparar coincide con el resultado de muerte, esta solo se podría atribuir a la conducta cuando la bala disparada fue la que lesionó el órgano fundamental que mató a la víctima, no cuando la muerte sobrevino por otro curso causal ajeno, como las fracturas derivadas de un choque o por la infección generada por una intervención médica negligente o por quemaduras sufridas en un hospital incendiado. Ello es así porque el peligro jurídico relevante de la conducta de disparar culmina con la herida, siendo independientes y motivo de otra valoración normativa los eventuales procesos causales posteriores: el choque, la operación quirúrgica negligente¹⁰⁶ o el incendio,¹⁰⁷ razonamiento con el cual podremos atribuir las lesiones a quien disparó, y la muerte al conductor de la ambulancia (choque), o a la enfermera que no desinfectó o hizo mal el conteo de gasas (peritonitis), o a quien lanzó la bomba molotov (incendio). Aunque cabe advertir que la conducta de quien disparó y causó lesiones todavía requiere de su análisis en el elemento subjetivo para determinar con precisión si la conducta típica es de lesiones o de tentativa de homicidio.¹⁰⁸

iii. *Conforme al comportamiento del sujeto pasivo*

En ciertos supuestos es fundamental valorar el comportamiento del sujeto pasivo, sea porque consintió la conducta del sujeto activo o porque aceptó colocarse en una situación de peligro concurriendo la participación de terceros.

Así, existen conductas que parecen adecuarse al tipo penal, pero quedan excluidas por el consentimiento del sujeto pasivo, dado que el titular del bien jurídico tiene su plena disponibilidad, por lo cual dicho consentimiento implica una libre disposición del mismo sin lesionarlo y, por tanto, un hecho totalmente permitido. Tal es el caso de las relaciones sexuales masoquistas consentidas, en las cuales la imposición de la cópula se realiza por medio de

¹⁰⁶ Ciertamente, la doctrina discute actualmente sobre la responsabilidad del médico o de la enfermera o de ambos. Sin embargo, siguiendo el criterio de la división de funciones en una intervención quirúrgica, el foco de peligro está a cargo de la enfermera, a quien corresponde “hacer la cuenta de gasas” antes de suturar. Cfr. Gimbernát Ordeig, Enrique, “Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida”, *Derecho Penal y Criminología*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, vol. XII, núms. 41-42, mayo-diciembre de 1990. También se ha propuesto el criterio de “la atribución a la esfera de responsabilidad ajena como vía para solucionar estos supuestos, en los cuales el fin de protección del tipo no abarca la evitación de resultados que se encontraban bajo la esfera de responsabilidad de otro, pues desde el momento en que el herido llega al hospital, el personal sanitario del mismo asume la responsabilidad de curación y la inobservancia de ese deber le es imputable a ellos mismos y no a quien disparó el arma”. Para más información, cfr. Roxin, *Derecho penal...*, cit., pp. 398-402.

¹⁰⁷ Para más detalles, cfr. Roxin, *Finalidad e imputación...*, cit., esp. pp. 132-135.

¹⁰⁸ La procedencia de la pena cuando el problema debió haber sido solucionado desde el mismo tipo, en razón de que la conducta en sí misma no genera, de acuerdo con los conocimientos generales, peligro jurídico relevante alguno. Sobre esta discusión, cfr. Roxin, *Finalidad e imputación...*, cit., pp. 134 y 135.

la violencia física, como lo describe el artículo 265 del CPF; sin embargo, la conducta de quien la impuso queda excluida del tipo de violación porque el consentimiento de quien la sufrió implicó el ejercicio de su libertad sexual y la exclusión de la lesión del bien jurídico tutelado, por lo cual se debe valorar el hecho como perfectamente lícito. La dificultad para solucionar estos supuestos radica en que el legislador no hace referencia explícita en el tipo sobre la falta de consentimiento. Tal y como sí lo establece, por ejemplo, en la descripción del robo del artículo 367 del CPF al utilizar la frase “sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley”, en cuyo supuesto no existe dificultad alguna para afirmar que cuando el dueño de un costoso reloj se lo regala a otro, la conducta de quien lo recibe no puede ser típica de robo porque el titular del bien dispuso libremente del mismo y, por tanto, estamos ante un hecho lícito. Por ello, el consentimiento del titular del bien jurídico disponible excluye la tipicidad de la conducta del sujeto activo, tanto en aquellos supuestos en los que el legislador expresamente utilizó la frase “sin consentimiento” como en aquellos otros que está de forma implícita.

Debemos reiterar que en los supuestos anteriores el titular del bien jurídico tutelado puede disponer libre y plenamente del mismo, por lo cual su consentimiento excluye la tipicidad de la conducta (atipicidad), siendo aplicable la excluyente del delito prevista en el artículo 15, fracción II, del CPF, y no se debe confundir con aquellos supuestos en los que el consentimiento forma parte de la descripción típica ni en los que es causa de justificación. En efecto, en el homicidio previsto en la segunda parte del artículo 312 del CPF como en el aborto del artículo 330 del CPF debe mediar el consentimiento, y su efecto es la reducción de la pena, dado que los bienes jurídicos tutelados no son totalmente disponibles; por otra parte, la fracción III del artículo 15 del CPF contempla el consentimiento como causa de justificación, de la cual nos ocuparemos posteriormente.

En otras ocasiones, el titular del bien jurídico se coloca libremente en una situación de alto riesgo que culmina con su lesión, surgiendo el planteamiento del problema de si se puede imputar dicho resultado a quienes cooperaron o participaron en el evento o si, como señala Cancio Meliá, solo se debe atribuir a la víctima.¹⁰⁹ Cabe advertir que en estos supuestos no es que el sujeto pida o quiera el resultado, como expusimos en los primeros casos de consentimiento, sino que solo acepta la situación de riesgo a sabiendas de que podrá sufrir la lesión.¹¹⁰

¹⁰⁹ Para un amplio estudio, cfr. Cancio Meliá, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal (estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas)*, Barcelona, José María Bosh, 1998, 423 pp. Del mismo autor, “La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (‘imputación a la víctima’)”, en *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, pp. 75-140. El mismo trabajo ha sido publicado por la Universidad Externado de Colombia, véase Fuentes. Sigue a Cancio Meliá: Ferrante, Marcelo, “Una introducción a la teoría...”, *cit.*, pp. 30 y 31.

¹¹⁰ Cfr. Roxin, Claus, “Observaciones a la ‘prohibición de regreso’”, en *Dogmática penal y política criminal*, trad. de Manuel A. Abanto Vásquez, Lima, Perú, Idemsa, 1998, pp. 47-82.

Así, diversas razones político-criminales han llevado al legislador a permitir actividades de alto riesgo, como las carreras de autos, deportes tan arraigados a la cultura mexicana, como el boxeo o la lucha libre, los cuales entrañan un peligro de lesión de bienes jurídicamente tutelados, pero que al verificarse no se les debe imputar a la conducta de quien los provoca o participó en su lesión, dado que el titular del bien lesionado aceptó previa y libremente colocarse en la situación de peligro. Por ello, el luchador que durante la función de lucha libre se lanza desde la tercera cuerda hacia fuera del cuadrilátero para hacer impacto con su contrincante causándole lesiones cerebrales que desembocan en su muerte, este resultado no se le debe atribuir al luchador que la provocó, dado que la víctima había aceptado previamente el riesgo. Empero, para sostener la solución anterior será necesario, además, verificar que se hayan observado todos los deberes de cuidado impuestos por el Reglamento de box y lucha libre profesional de la entidad correspondiente, dado que la aceptación del sujeto pasivo y la permisión del evento estaban condicionados al cumplimiento de las reglas. *A contrario sensu*, si la conducta que causó las lesiones está contemplada como una infracción al reglamento, por ejemplo, la estrangulación directa, el martinete y/o desnucadora, entonces se anula la aceptación de peligro de la víctima, la conducta pasa a los terrenos de lo prohibido y se le puede imputar la muerte a quien la causó.

Para proseguir con los ejemplos de libre autopuesta en peligro por la misma víctima, podemos pensar en la masiva concurrencia de turistas que viajan el fin de año a la región de los Alpes para esquiar en la nieve. Quien se inscribe en el curso para aprender a esquiar conoce del riesgo que asume al intentar dicha práctica; en el caso concreto, al tercer día del curso, el alumno, bajo la supervisión del instructor, realizó prácticas en la montaña de Gaisberg, ubicada en el pueblo austriaco de Kirchberg, pero al intentar el descenso por una de las inclinadas laderas, entró en pánico, perdió el control y se impactó contra un árbol sufriendo lesiones que lo dejaron parapléjico. Ciertamente el instructor participó en el desarrollo de todo el evento, pero este cumplió con todos sus deberes de cuidado de enseñanza y fue la propia víctima quien aceptó libremente el riesgo que entraña la práctica de ese deporte extremo, por lo que el resultado no se debe imputar al instructor.¹¹¹ Lo anterior explica por qué las lesiones cerebrales sufridas por el expiloto de fórmula 1, Michael Schumacher, el 29 de diciembre de 2013 en los Alpes Franceses, deben ser consideradas como una libre autopuesta en peligro del mismo piloto, dado que esquiaba 4.5 metros fuera del trazado de la pista, y no se le deben imputar a terceros,

¹¹¹ Claro es que el supuesto anterior puede variar si el instructor no cumplió debidamente con su deber de garantía; por ejemplo, si no dio las enseñanzas previas al alumno, si observó previamente la gran inseguridad del alumno, si al estar en lo alto de la montaña lo abandonó sin causa justificada, etcétera. Aquí lo que ha interesado es un supuesto en el cual la propia víctima es la autorresponsable de su lesión.

como se pretendió, con la hipótesis del debilitamiento de la resistencia del casco por la cámara de video instalada, lo cual fue desechado.¹¹²

En nuestro país, en el estado de Morelos, una persona tomó clases de paracaidismo con un instructor calificado durante tres semanas, a la cuarta semana realizó un salto en tándem y posteriormente decidió realizar un salto individual; ese día el instructor le recordó al alumno las instrucciones antes de saltar, pero al hacerlo sufrió un ataque de nervios que lo paralizó, por lo que cayó en picada, se impactó contra el piso y perdió la vida. En otro caso, durante el Festival Internacional Cervantino en Guanajuato, Paco C. alquilaba globos aerostáticos para ver el paisaje desde el cielo, siendo que el 20 de octubre de 2002, un grupo de diez estudiantes universitarios, procedentes de Monterrey, Nuevo León, de nombres Daniel L., Alejandro P., Alan R., Adrián L., Arturo M., Felipe G., Juan Pablo R., Fernando B., Raúl P. y José Arturo P., solicitaron el servicio, el cual fue condicionado a que solo siete de ellos podrían realizar la travesía, y en ello fue muy enfático el propietario, quien después de dar las instrucciones y verificar que estaban las siete personas acordadas, se alejó del lugar para esperarlos en el lugar de aterrizaje, pero al iniciar el ascenso los siete estudiantes que estaban en la canastilla animaron a los tres que estaban abajo para que saltaran y subieran, lo cual efectivamente sucedió a pesar de ser los más altos y fornidos; todo parecía transcurrir sin problemas, el viento los llevaba con cierta velocidad y todo parecía muy divertido, pero al llegar al cerro del Piloncillo no pudieron elevar lo suficiente el globo debido al sobrepeso, y sobrevino el impacto contra las rocas y árboles, falleciendo ocho de ellos en el lugar y los dos restantes fueron trasladados al hospital.

Desde nuestro punto de vista, ni al instructor del paracaidista, ni a quien alquiló el globo, se les deben atribuir las muertes de las víctimas que libremente decidieron colocarse en la situación de peligro que culminó con su muerte.

Solo se podrá imputar el resultado al partícipe cuando el consentimiento de quien se pone en peligro se encontraba viciado, ya sea que se trate de un menor de edad o de una persona que está privada de sus facultades mentales de manera transitoria o permanentemente, o cuando la persona estaba actuando bajo un error. Así, por ejemplo, Jorge L., de doce años, acudió con otros compañeros a un centro de juegos mecánicos y quiso subir a uno de ellos, cuyo tablero marcaba como requisito una estatura mínima de 1.50 metros, pero Jorge no cumplía con los parámetros de estatura, por lo cual le pidió a Roberto C. que de todas formas le permitiera el ascenso, a lo cual accedió; pero durante el movimiento, el cinturón de seguridad fue insuficiente y salió disparado del asiento, ocasionándole diversas lesiones. En dicho supuesto, la solicitud del menor es irrelevante, por lo cual las lesiones se le deben atribuir

¹¹² <http://www.autonocion.com/ultimas-noticias-estado-michael-schumacher-salud-demandar-estacion-esqui-meribel/>.

a Roberto C. Del mismo modo, en el Río Pescados en Jalcomulco, en Veracruz, un turista contrató los servicios de Leonel F. para practicar rafting, para lo cual le proporcionaron el equipo de seguridad sin decirle que estaba en mal estado; durante la travesía, la lancha se volteó y el casco de seguridad de la cabeza se desprendió quedando el turista sin protección al impactarse con las piedras, sufriendo lesiones en el cráneo. Si bien es cierto que el turista aceptó el peligro que entraña este deporte extremo, también lo es que su consentimiento queda anulado por el error que tiene al creer que lleva el equipo adecuado para evitar precisamente las lesiones sufridas, de ahí que estas sí le sean imputables a Leonel F.

Prosiguiendo con la valoración del consentimiento, en un caso alemán

(BGHSt 17, 359): el médico A regresó de un viaje a la India infectado de viruela y, aunque se sentía muy enfermo, se puso a trabajar en su clínica sin someterse previamente a reconocimiento. Una serie de médicos y pacientes fueron infectados y enfermaron de viruela. También enfermó el sacerdote de la clínica, que con conocimiento del riesgo se había sometido voluntariamente a cuarentena.¹¹³

No hay duda que las lesiones y muerte se pueden imputar al médico por su conducta imprudente; pero el dilema radica en la infección al sacerdote, quien a sabiendas del virus se colocó libremente en la situación de peligro que entrañaba entrar al hospital en el periodo de cuarentena, por lo cual consideramos que las lesiones del sacerdote no se le deben atribuir al médico, aunque haya violado deberes de cuidado.¹¹⁴ Llevado lo anterior al tránsito de vehículos, en el poblado de la Estrella, Juan Carlos G. conducía a media noche a una velocidad permitida de 40 km/h, pero al llegar a la zona escolar no redujo su velocidad a 20 km/h, como está ordenado y señalizado, pero al salir de una curva se encontró de frente con un peatón que cruzaba la calle lejos del paso de cebra, atropellándolo y causándole lesiones;¹¹⁵ en este supuesto, el conductor desobedeció el deber de cuidado de conducir a una velocidad máxima de 20 km/h en zona escolar y elevó el riesgo de provocar lesiones a quien cruza por la calle en ese momento, e incluso se podría demostrar que de haber conducido a 20 km/h habría frenado lo suficiente para evitar atropellar al peatón. Pese a todo lo anterior, el fin de la norma que impone el deber de llevar esa velocidad tan baja en zona escolar es proteger a los alumnos que cruzan en horas de clase, y no para evitar accidentes de peatones que de forma despreocupada cruzan la calle en la noche, pues recordemos que la velocidad de 40 km/h estaba permitida para circular en el poblado en general. El mismo

¹¹³ Roxin, *Derecho penal...*, cit., p. 388.

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 387-393.

¹¹⁵ Este hecho es muy similar al planteado por Gimbernát Ordeig, cfr. del autor citado, "¿Qué es la imputación objetiva?", en *Estudios de derecho penal*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 1990, pp. 216 y 217.

razonamiento se puede aplicar para resolver los supuestos de peatones que mueren arrollados debajo de los puentes peatonales destinados a cruzar grandes y concurridas avenidas, tal y como ocurrió el 25 de septiembre de 2003 en el Boulevard Felipe Ángeles de la carretera México-Pachuca, lugar por donde circulaba José Vicente O. a una velocidad de 100 km/h y, justo debajo del puente peatonal, atropelló a Juan Antonio R. y le causó la muerte. A pesar de que la velocidad máxima permitida en la zona es de 60 km/h, ya que la norma pretende evitar el resultado de muerte, podemos excluir la imputación del resultado a la conducta debido a que el fin de la norma de cuidado es evitar la muerte como consecuencia de colisiones entre vehículos, no como resultado de la acción imprudente de la propia víctima que se colocó libremente en el peligro, de ahí la exclusión de la atribuibilidad normativa del resultado a la conducta y, en consecuencia, su atipicidad.

Desde la perspectiva anterior, exponemos otro ejemplo: en el puerto de Acapulco, Froilán A., quien padecía de depresiones y sobrepeso, contrató al lancharo Guillermo S. para remolcarlo junto con otras personas en la banana, al efecto Guillermo S. les colocó los chalecos salvavidas antes de iniciar la travesía, sin darse cuenta que el chaleco de Froilán era de talla inferior a la requerida, siendo que a la mitad del viaje este se quitó el chaleco y, sin saber nadar, se lanzó al mar donde murió ahogado. Es evidente que Guillermo S. violó el deber de ponerle a Froilán el chaleco de la talla correcta para evitar que muriera ahogado, pero el resultado de todas formas se hubiese producido porque la víctima se lo quitó poniéndose libremente en la situación de peligro que culminó con su muerte, lo cual no está cubierto por el fin de protección de la norma violada por Guillermo S.

Pese a todo lo anterior, hay ocasiones que la libre autopuesta en peligro de la víctima no es suficiente para excluir el deber de cuidado que la norma le impone al sujeto activo. Continuamos con un ejemplo de los Alpes; a fines de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, tres jóvenes del pueblo de Kitzbühel se pusieron de acuerdo para viajar en auto sobre la superficie gélida del lago Walchsee; el conductor logró introducir el vehículo hasta la parte media del lago, pero la capa de hielo se quebró y se hundió el auto, quedando atrapado el copiloto, quien murió ahogado.¹¹⁶ Pasando a México, el 24 de mayo del 2001, en el poblado de Cañada de Caracheo, Municipio de Cortázar, Guanajuato, los hermanos Juan y Luis M. le solicitaron a Martín Alonso C. que los llevara en su camioneta hasta el poblado contiguo, pero como en la cabina ya no había lugar aceptaron irse en la batea; lamentablemente, a la altura del kilómetro 25 de la carretera Cortázar-Salvatierra, Martín perdió el control del vehículo y se volcó, falleciendo en el lugar los hermanos Juan y Luis M.

¹¹⁶ Para un desarrollo más amplio, *cfr.* Cancio Melia, "La exclusión de la tipicidad...", *cit.*, pp. 108-111; Roxin, *Derecho penal...*, *cit.*, pp. 393-398.

En los dos supuestos planteados, la aceptación de las víctimas para colocarse libremente en peligro no es suficiente para excluir el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en los respectivos reglamentos de tránsito, por lo cual los resultados fatales son plenamente atribuibles a los conductores.

Es menester señalar que el desarrollo de los criterios normativos sobre los cuales se delimita la imputación del resultado a la propia víctima se encuentra aún en sus inicios, y seguramente será materia de análisis y discusión dogmática en los años porvenir.¹¹⁷

Muy discutidos serán los casos en los cuales el sentido de la norma nos pone ientre la espada y la pared!, lo cual ocurre cuando la conducta no solo provoca el resultado, sino también encuadra perfectamente en el sentido gramatical y normativo del tipo, pero con la conducta desplegada el autor impidió una lesión más grave del bien jurídico tutelado que no le sería atribuible si se hubiese verificado.

De esta guisa, son varios los hechos que podemos narrar. En el primero de ellos, Sonia D., quien tenía cinco meses de embarazo, tropezó y cayó por las escaleras de un centro comercial, siendo trasladada a la sala de emergencia de un hospital; sangraba profusamente de la zona pélvica y perdió el conocimiento, por lo cual el médico Enrique H. decidió practicarle el aborto, pues también existía un riesgo grave para la vida de la madre ¿se puede considerar prohibida la conducta del médico? En principio sabemos que el hecho se adecua perfectamente a la descripción típica del aborto sin consentimiento (artículos 330 y 331 del CPF), pero a la vez estaríamos sosteniendo que el legislador quiso prohibir dicho comportamiento aunque se realizara para salvar la vida.

En otro suceso, la fatiga del chofer de un tráiler provocó que se quedara dormido durante la conducción y pasara al carril contrario, situación que percibió el copiloto, quien al ver que venía de frente otro camión, giró el volante para evitar el impacto frontal, pero a su vez provocó la volcadura, cuyos resultados fueron las lesiones leves del conductor y los daños del tracto camión y la cinta asfáltica, aunque de no haberlo hecho los resultados habrían sido mucho peores. De igual forma, en el estado de Hidalgo, un talador empujó a otro que estaba distraído y no se había percatado que le iba a caer un árbol; lamentablemente la víctima cayó en un espacio rocoso, sufriendo fracturas en brazo y pierna. Otro ejemplo, un niño se metió a la guarida de los osos polares en el zoológico de Chapultepec, lo cual fue percibido por un vendedor de paletas, quien se introdujo al lugar, lanzando al infante fuera de la zona para salvarlo, pero al caer se fracturó la cabeza. Un último caso, el veinte de enero de 2003, Adolfo R. conducía el autobús de pasajeros por el tramo de curvas

¹¹⁷ Sobre el particular, *cfr.* Roxin, Claus, "Kausalität und Zurechnung; Fahrlässigkeit", *Höchstrichterliche Rechtsprechung*, pp. 1-7; Cancio Melia, "La exclusión de la tipicidad...", *cit.*, pp. 117-119.

que rodea la presa Allende en dirección hacia Guanajuato y se percató que los frenos ya no funcionaban, por lo cual era inminente la volcadura y la caída al precipicio de más de 20 metros que conllevaría a la muerte de los pasajeros, por lo cual les pidió que se detuvieran lo más fuerte posible y se protegieran la cabeza, procediendo a impactar el autobús en un montículo, logrando detener su marcha. Los resultados de la conducta del chofer fueron los daños del autobús, las lesiones graves de Adolfo y algunas lesiones leves de otros pasajeros, pero pudo evitar que los demás pasajeros murieran.

Si bien es cierto que paradigmas como los anteriores han llevado a autores como Roxin a sostener que “sería absurdo prohibir acciones que no empeoran, sino que mejoran el estado del bien jurídico”,¹¹⁸ desde nuestro punto de vista sí encuadran en el sentido de la prohibición típica, y las circunstancias especiales que se presentan de salvamento de bienes de mayor o igual valía son propias de su análisis en el correspondiente estado de necesidad, sea justificante o exculpante, previsto en el artículo 15, fracción V, del CPF y de los cuales nos ocuparemos más adelante.¹¹⁹

Es de suma importancia precisar que el peligro original debe ser ajeno y no provocado por el mismo sujeto activo. Así, por ejemplo, si en un incendio generalizado en la casa, el padre arroja al niño por la ventana para salvarle la vida y al caer se fractura la pierna, al padre no se le podrán imputar dichas lesiones, siempre y cuando él no haya provocado el incendio, pero si este lo provocó, entonces sí se podrá sostener dicha imputación, dado que su intervención solo evitó que se le imputara un resultado más grave.

b. Del resultado a la omisión

El ser humano siempre está en movimiento, nunca permanece estático, incluso cuando está en posición de reposo, el corazón y el torrente sanguíneo lo mantienen activo, de ahí que desde el punto de vista objetivo-material solo existen acciones, siendo la omisión producto de una valoración normativa que hace relevante el hecho para el derecho penal. Así, por ejemplo, si un niño está jugando en la orilla de una piscina y cae, pero al pedir auxilio no es rescatado por el salvavidas que estaba hablando por teléfono y simplemente contempló cómo se ahogaba, desde el punto de vista objetivo tenemos una conducta de acción: hablar por teléfono y un resultado de muerte, con lo cual no podemos decir que el salvavidas causó la muerte del niño, pero si valoramos normativamente la conducta, entonces podemos establecer que el salvavidas tenía el deber de evitar que el niño se ahogara y no lo hizo, es así como calificamos la conducta como una omisión a la cual unimos el resultado a través de un nexo normativo de imputación y no de un nexo causal.

¹¹⁸ Roxin, *Derecho penal...*, cit., p. 366.

¹¹⁹ Cfr. Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., 3a. ed., pp. 231 y 232.

El fundamento inicial de la omisión lo encontramos en el CPF: "Artículo 7o. Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

Sin embargo, si revisamos los tipos previstos en la parte especial del citado ordenamiento, podremos constatar que son muy pocas las descripciones que se refieren a conductas de no hacer algo (omisión), tales como las previstas en los artículos 209, 214, fracción III, 219, fracción II, 222, fracción II, 224 y 340.

De este modo, cabría preguntarse si tipos como el homicidio y las lesiones también abarcan conductas de omisión, ya que el tipo solo se refiere a la acción de quien las causa, por lo cual es necesario realizar una interpretación que nos permita responder con certeza si se puede matar o lesionar a otro sin hacer nada que lo provoque.

Para empezar, hay que tomar en cuenta que es más grave hacer que no hacer, por lo cual para que la omisión sea equivalente a la acción se necesitan mayores requisitos. El primero es la existencia de un deber específico de actuar que obligue al sujeto a evitar el resultado, lo cual ha sido denominado como posición de garante, cuyo fundamento puede provenir de la ley, el contrato o el hacer precedente realizado. Aquí es menester precisar que no se trata de un deber general de evitar el resultado, lo cual sería imposible, sino de deberes específicos de cuidado impuestos para evitar que el resultado sea generado por determinados peligros a los que se encuentra expuesto el bien jurídico tutelado. A manera de ejemplo, el salvavidas se compromete en el contrato a proteger la vida de los bañistas que están en la piscina, pero su deber de salvamento se circunscribe a los peligros que entraña ese lugar como tal, como sería el morir ahogado y no a cualquier peligro para la vida,¹²⁰ por lo cual, si un sicario entra al balneario y comienza a disparar contra uno de los bañistas, el salvavidas no tiene el deber de cuidado de hacer frente al asesino para evitar la muerte de la víctima, pues a ello solo podría obligarse un guardaespaldas contratado específicamente para anular esa clase de peligros.

Un requisito más para atribuir el resultado a la omisión del garante es la posibilidad física para salvar el bien. Prosiguiendo con el supuesto del salvavidas, si dos personas solicitaran al mismo tiempo que los salvara porque se estaban ahogando y solo pudo salvar a uno o a ninguno porque al momento de lanzarse al agua sufrió un ataque al corazón o porque otra persona lo sujetó por la fuerza y le impidió hacerlo, no debemos atribuirle ninguna de las

¹²⁰ Sobre los presupuestos de la imputación de resultados a conductas omisivas, *cfr.* mi libro *Teoría del delito en el juicio oral*, México, Straf, 2012, esp. pp. 27-76; Lazcuraín Sánchez, José Antonio, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Madrid, España, Civitas, 2002, 173 pp.; Rodríguez Mena, María José, *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, Navarra, España, Thomson Aranzadi, 2005, 205 pp.; Sánchez Tomás, José Miguel, *Comisión por omisión y omisión de socorro agravada*, Barcelona, España, Bosch, 2005, 254 pp.; Bacigalupo, Enrique, *Delitos impropios de omisión*, 2a. ed., Madrid, España, Dykinson, 2005, 275 pp.; Huerta Tocildo, Susana, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1997, 118 pp.

muertes debido a que le era físicamente imposible salvarlos! y, además, no le era atribuible la causa que le impidió salvarlos.

Para proseguir con los ejemplos, Luis A., encargado de revisar y dar mantenimiento a los uniformes de un equipo de fútbol americano, omitió sus deberes y se los entregó a los jugadores minutos antes del partido. En una de las jugadas, el receptor atrapó el balón en el aire, al mismo tiempo fue tackleado por otros jugadores y perdió el casco debido a que el botón de seguridad se encontraba en malas condiciones, siendo impactado varias veces en la cabeza sufriendo traumatismo de la médula espinal que derivó en el síndrome de Brown-Sequard. Si combinamos los criterios que hemos ido desarrollando en torno a la imputación, podemos decir que los causantes de dichas lesiones fueron los jugadores que impusieron el placaje, pero a ellos no se les debe imputar normativamente porque la acción fue desarrollada conforme a las reglas del juego, y el peligro de traumatismo de la médula espinal se había tratado de evitar con la protección del casco, y quien tenía el deber de mantenerlo dentro de los niveles de seguridad reglamentarios era precisamente Luis A., cuya omisión desestabilizó el foco potencial de peligro que culminó con el resultado de lesiones y por ello se le pueden imputar normativamente.

Por otra parte, cuando existen varios garantes del bien que resulta lesionado, será necesario determinar qué deberes asumió cada quien (deberes específicos) para establecer a quién o quiénes se le(s) debe atribuir el resultado, pues es común que en una organización basada en la división de funciones, algunos cumplan con sus deberes de garantía y otros no, siendo solo a estos últimos a quienes se les debe atribuir el resultado, pues sería injusto responsabilizar a quienes sí cumplieron con sus deberes específicos de cuidado.

Resumiendo lo anterior. Existen cuatro criterios necesarios para atribuir el resultado a la omisión del garante: 1) deber específico de acción, 2) deber de evitar la lesión por riesgos específicos; 3) posibilidad física de actuar, y 4) delimitación de los deberes específicos de acción cuando existen varios garantes.

Con los criterios anteriores podríamos aproximarnos a la solución del caso del incendio del centro de espectáculos denominado *Lobohombo*, donde murieron 21 personas, y se pretendía sustentar la imputación de dichos resultados al señor Iglesias porque era el dueño del lugar, lo cual por sí solo es insostenible jurídicamente para sustentar la conducta típica y es violatorio del principio de legalidad, ya que no está prohibido ser el dueño de un antro y no todo lo que allí ocurra se le puede imputar a quien le pertenece, por ejemplo, si los jóvenes que asisten al lugar violan a una de sus compañeras, ello no le es imputable al dueño del lugar donde sucedió. Conforme a lo antes expuesto, es indispensable establecer cuáles fueron los deberes de cuidado violados que generaron el riesgo y que culminó con las muertes. En este caso encontramos diversas violaciones al Reglamento de Construcciones para el Distrito Federal vigente en el momento de los hechos, a saber: artículos 122, 255, 271 (que

establecen la calidad de materiales para las instalaciones eléctricas), 116, 118 a 123, 182, 255 (referentes al procedimiento químico de retardamiento de combustión), 56, 274, 275, 286 (sobre las tomas de agua para bomberos y los extintores), 94, 95, 102 (referentes a las salidas de emergencia), 168, 169 (sobre la ubicación de controles de luz y sonido) y 56 (sobre los requisitos de construcción de obra nueva). Una vez identificada la fuente específica de los deberes violados, procedería determinar a quién se le debe atribuir su violación, lo cual puede recaer efectivamente en el dueño, si fue él quien decidió la construcción del lugar con esos focos potenciales de peligro y su puesta en funcionamiento, pero el panorama es distinto si él contrató a los especialistas, como el arquitecto o el ingeniero, para que realizaran la obra con las medidas de seguridad necesaria, y fueron estos últimos quienes violaron las normas, entonces quedará claramente excluida la conducta del señor Iglesias, y serán el arquitecto, el ingeniero o la persona que tenía la obligación de observar la norma y la contravino a quien se le atribuyan los resultados y se considere su conducta como típica.

Ahora traslademos lo anterior a supuestos de responsabilidad médica. Así, un joven de 23 años decidió someterse a una rinoplastia para corregir el aspecto estético de su nariz, al efecto contrató los servicios de un cirujano otorrinolaringólogo; el día de la operación el equipo médico se integró por el cirujano, el asistente, las enfermeras y el anestesiólogo, pero este último decidió atender al mismo tiempo la cirugía del quirófano vecino, dado que la operación del joven no representaba gran peligro y normalmente no se presentaban imprevistos; lamentablemente la máquina de anestesia no oxigenaba bien y aunque la oxímetro indicó la falla, el anestesiólogo no estaba para suministrar el oxígeno requerido; es precisamente por ello que la Norma Oficial Mexicana (NOM-170-SSA1-1998) para la práctica de anestesiología ordena: "8.6 Conducir personalmente la anestesia y permanecer en la sala quirúrgica durante todo el procedimiento".

Así, dado que la falta de oxígeno es uno de los riesgos que corre el paciente al ser intervenido y que por ello se ordena al anestesiólogo monitorear todo el tiempo los aparatos para eliminar dicho riesgo, luego entonces se le puede atribuir la muerte del paciente a su omisión. Asimismo, se debe atribuir la muerte al cirujano otorrinolaringólogo, porque al autorizar la ausencia del anestesiólogo violó deberes de cuidado, cuyo peligro específico derivó en el resultado, pero a los demás integrantes del equipo médico se les debe exonerar, ya que ellos sí cumplieron con sus deberes específicos.

En este punto conviene aclarar que la pura violación del deber de cuidado no es suficiente para valorarla como una omisión relevante para el derecho penal, pues también se requiere que el bien jurídico haya estado en peligro o sufra una lesión. *A contrario sensu*, en los casos de omisión es necesario confirmar

que con el cumplimiento del deber se hubiese evitado el resultado o cuando menos existía dicha posibilidad.

Retomando el supuesto del salvavidas que hablaba por teléfono, podemos afirmar que de haber cumplido con su deber seguramente habría salvado al niño, por lo cual se le debe imputar normativamente la muerte a su omisión. Sin embargo, existen supuestos en los cuales no podemos sostener con la misma rotundidad nuestra afirmación; piénsese en la obligación que tienen los hospitales de analizar la sangre donada para determinar si está libre del virus del sida (VIH), así lo establecen los siguientes ordenamientos:

1) *Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.*

ARTÍCULO 51. Los establecimientos de atención médica que requieran de donantes de sangre humana, deberán practicarles a éstos un examen médico y los análisis de laboratorio que señalen las normas técnicas aplicables.

ARTÍCULO 54. Las transfusiones deberán efectuarse previa tipificación del receptor de los grupos ABO y RH^o (D) y con la realización de las pruebas de compatibilidad respectivas.

La transfusión deberá llevarse a cabo por el personal médico y de enfermería que actúe bajo la supervisión del médico responsable y realizarse con sujeción a lo que señalen las normas técnicas que emita la Secretaría.

Las transfusiones de sangre solamente se realizarán con propósitos terapéuticos, de conformidad con las normas técnicas que expida la Secretaría. Se prohíbe la realización de transfusiones de sangre o de sus componentes al donante de la misma sangre, salvo cuando se trate de necesidades terapéuticas y la transfusión se realice en un establecimiento hospitalario.

2) *Norma Oficial Mexicana NOM-253-SSA1-2012, Para la disposición de sangre humana y sus componentes con fines terapéuticos.*

7.1.6 Toda donación de sangre o componentes sanguíneos deberá ser analizada mediante las pruebas de detección de agentes transmisibles por transfusión, aunque a la unidad obtenida se le hubiese dado destino final antes de su procesamiento por motivos como el proceso de autoexclusión o cualquier otro evento.

Con base en estos ordenamientos, si el médico encargado de mandar a realizar dichas pruebas al laboratorio clínico y banco de sangre omitiera hacerlo y entregara la sangre a la enfermera para realizar la transfusión al paciente, el cual resulta contagiado con dicho virus, podemos imputar el resultado al médico por haber omitido ordenar el análisis.¹²¹ Ello es así porque la imposición del deber de realizar las pruebas está dirigido a evitar el resultado de contagio y la omisión elevó el riesgo, que se materializó en la lesión del bien jurídico,

¹²¹ Cfr. Luzón Peña, Diego-Manuel, "Problemas de la transmisión y prevención del sida en el derecho penal español", en *Problemas jurídico penales del sida*, Barcelona, España, J. M. Bosch, 1993, pp. 13 y ss.; Mir Puig, Santiago et al., *Problemas jurídico penales del sida*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1993, p. 175.

por lo cual la conducta encuadra en lo dispuesto en el artículo 199 bis del CPF, el cual establece:

Artículo 199-Bis. El que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, será sancionado de tres días a tres años de prisión y hasta cuarenta días de multa.

Si la enfermedad padecida fuera incurable se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión.

Cuando se trate de cónyuges, concubinas, sólo podrá procederse por querrela del ofendido.

Como es fácil observar, el precepto referido solo contempla la conducta de quien padece la enfermedad y, a sabiendas, la transmite a otro, pero he aquí una de las hipótesis en la cual el radio de prohibición de la norma se amplía a quienes debían evitar el contagio y cuya omisión culminó con la materialización del peligro, pues el médico tenía el deber de mandar analizar la sangre, según lo disponen los artículos 51 y 54 del reglamento y el numeral 7.1.6. de la norma oficial mexicana citados. Sin embargo, el cumplimiento del deber de cribar (analizar) la sangre no necesariamente habría impedido el resultado, toda vez que la sangre infectada podría haber estado en incubación (periodo ventana que dura entre 3 y 6 meses), durante el cual no hay forma de detectarlo.¹²² Desde nuestro punto de vista, se debe mantener la imputación del resultado a la omisión debido a la alta probabilidad de detección del virus, ya que la mayoría de las personas infectadas están fuera del periodo ventana y sí se les puede detectar el VIH.

Muy distinto es el supuesto de los pelos de cabra china, en el cual un empresario francés importó pelos de cabra china y los entregó a las obreras para la fabricación de pinceles sin haberlos mandado desinfectar como lo establecía el reglamento sanitario. Los pelos estaban infectados con bacterias de carbunco (ántrax), que fue transmitido a las obreras, muriendo cuatro de ellas. En ese supuesto no se le pueden imputar los resultados al industrial, porque el ántrax era totalmente desconocido en Europa y los procesos de desinfección ordenados por el reglamento sanitario jamás hubieran eliminado el bacilo.¹²³ Por lo cual, el cumplimiento del deber habría resultado inútil y se puede negar la imputación del resultado a la conducta, pues si bien es cierto que la omisión elevó el riesgo de contagio, el resultado no se habría podido impedir aunque se hubiera cumplido con el deber de realizar las pruebas.¹²⁴

¹²² <http://www.profesorenlinea.cl/Ciencias/SidaPruebas.htm>.

¹²³ Cfr. Silva Sánchez *et al.*, *Sistema de casos...*, cit., p. 94; Roxin, *Derecho penal...*, cit., pp. 373 y 374.

¹²⁴ Para un amplio análisis de este supuesto y la problemática de la omisión, cfr. Gimbernat Ordeig, "Causalidad, omisión...", cit.

En síntesis, para poder imputar el resultado de lesión o peligro del bien jurídico a la omisión del garante se requiere confirmar que con el cumplimiento del deber era seguro o muy probable la evitación del resultado, pero si era imposible evitarlo con el cumplimiento del deber, entonces se debe excluir la conducta del radio de prohibición de la norma y considerarla atípica.

Finalmente, debemos enfatizar que el sustento para imputar un resultado a la conducta de omisión descansa en la existencia de un deber específico de cuidado violado y no en la causación del mismo, por lo cual la unión entre omisión y resultado se sustenta en un nexo de imputación normativa. Por otra parte, existe una relación muy estrecha entre los elementos normativos implícitos y la imprudencia, pues, como veremos más adelante en el elemento subjetivo, el fundamento de esta radica en la violación de un deber específico de cuidado.

CAPÍTULO CUARTO

ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA CONDUCTA-TÍPICA

Los seres humanos siempre actuamos dirigidos por una finalidad y esa es la materia de estudio en el elemento subjetivo de la conducta-típica, por lo cual la pregunta por resolver es ¿qué quería hacer la persona con su comportamiento? La respuesta unida a los datos obtenidos en el análisis de los elementos objetivos y normativos determinarán si la conducta es típica a título de dolo o imprudencia (culpa), tal como lo establece el CPF: "Artículo 8o. Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente".

Tal como se puede observar, dolo y culpa son los únicos títulos de imputación subjetiva que acepta la conducta típica, pero esta afirmación proviene de una regla que proviene de la parte general del Código Penal y no de una expresión manifiesta en cada tipo penal, de ahí que ambas formas de comisión se deben considerar como elementos subjetivos genéricos, ya que también existen otros elementos subjetivos que son específicos. Comencemos por el análisis de estos últimos.

I. ESPECÍFICOS

En algunos tipos penales es fundamental establecer la concurrencia de un determinado ánimo, fin, intención o propósito del sujeto activo para poder confirmar la prohibición de su conducta, ello porque el legislador así lo ha puesto de manifiesto de manera expresa en el tipo o porque la naturaleza del mismo así lo exige.¹²⁵ Es menester recalcar que son muy pocos los tipos penales que requieren de esta clase de elementos subjetivos específicos y por ello es tan importante comprobarlos cuando están presentes, pues su ausencia dará lugar a la excluyente de atipicidad de la conducta (artículo 15, fracción II,

¹²⁵ Para un amplio desarrollo sobre su surgimiento, cfr. Córdoba Roda, Juan, *Una nueva concepción del delito (la doctrina finalista)*, Barcelona, Ariel, 1963, esp. pp. 21-24; Cerezo Mir, José, "Lo injusto de los delitos dolosos en el derecho penal español", *ADPCP*, Madrid, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, t. IV, fasc. I, enero-abril de 1961, pp. 60 y 61; Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal (parte general)*, trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, España, Comares, 1993, p. 285; Roxin, *Derecho penal...*, cit., pp. 198 y ss.; Welzel, Hans, *Derecho penal alemán (parte general)*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 4a. ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 93; Rodríguez Muñoz, José Arturo, *La doctrina de la acción finalista*, 2a. ed., Valencia, Universidad de Valencia, 1978, pp. 36, 37 y 149-152.

del CPF); o tanto la falta como la insuficiencia de la prueba durante el proceso, conforme al principio *in dubio pro reo*, dará lugar a una sentencia absolutoria, esto último puede suponer el haber dejado impune un delito.

De esta forma, la diferencia entre el ánimo de dominio o de uso temporal que guía la conducta de quien se apodera de una cosa ajena mueble sin consentimiento, será la que determine la ubicación del comportamiento en el tipo de robo (artículo 367 del CPF) o en el de robo de uso (artículo 380 del CPF).¹²⁶ Pensemos, por ejemplo, que Javier fue a comer a un restaurante y a la salida tomó del perchero una gabardina azul y salió, siendo detenido *in fraganti* por un policía; si solo analizáramos el supuesto de hecho con los elementos objetivos y normativos no podríamos determinar con certeza cuál es la conducta típica o incluso si es atípica, pues tendríamos un apoderamiento de una cosa ajena sin consentimiento del titular, pero lo que no sabemos es si el ánimo que guió a Javier fue el de apropiarse de la gabardina (robo) o solo usarla por un momento para protegerse de la lluvia e ir a su coche por la suya y regresar a devolver la ajena (robo de uso) o, incluso, si tomó la prenda por equivocación ya que él había dejado una muy parecida en el perchero (error de tipo). He aquí la importancia del ánimo de Javier, ya que en los dos primeros supuestos la conducta típica tiene sanciones muy distintas y en el tercero sería atípica, tal y como lo analizaremos en el apartado referente al error de tipo.

Cabe advertir que hay tipos penales que por su naturaleza misma ya implican el ánimo que debe guiar la conducta del sujeto activo, y será el legislador quien decida si lo incluye expresamente en la descripción o lo omite por considerarlo como implícito y lo da por sobreentendido. Precisamente el tipo de robo es el mejor ejemplo de lo antes dicho, pues algunos legisladores redactan el tipo refiriéndose expresamente al ánimo de dominio del sujeto activo, mientras que otros omiten su referencia. Lo anterior fue materia de análisis en la siguiente tesis jurisprudencial.

ROBO. ELEMENTO "ÁNIMO DE DOMINIO" CONTENIDO EN LOS ARTÍCULOS 220 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y 367 DEL ABROGADO CÓDIGO PENAL DE LA MISMA ENTIDAD FEDERATIVA.

No es violatoria de garantías la sentencia en la que en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo cuarto transitorio del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, vigente a partir del trece de noviembre de dos mil dos, la responsable realizara la traslación de la conducta de robo a que se refiere el artículo 367 del abrogado Código Penal para el Distrito Federal, al diverso 220 del nuevo códi-

¹²⁶ Para un desarrollo más amplio cfr. Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz, *Derecho penal, parte general (teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible)*, trad. de la 7a. ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, Argentina, Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 1994, t. I, pp. 395-397; Roxin, *Derecho penal...*, cit., p. 280; Welzel, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal (una introducción a la doctrina de la acción finalista)*, trad. de José Cerezo Mir, Barcelona, Ariel, 1961, p. 34; del mismo autor, *Derecho penal alemán...*, cit., pp. 75 y 76. Cerezo Mir, "Lo injusto de los delitos...", cit., pp. 56 y 57; Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., 3a. ed., pp. 261-263.

go de la materia y entidad mencionadas, puesto que aun cuando a éste le fue agregado como requisito para su integración en forma específica el elemento "ánimo de dominio", esto es, requiere que el apoderamiento se realice con ese ánimo, ello en nada hace diferente la conducta delictiva del robo prevista en el dispositivo primeramente referido, ya que a pesar de que éste no contenía de manera expresa ese elemento, sí se encontraba inmerso en él en forma implícita como elemento subjetivo, tomando en cuenta que *el delito de robo contempla dos tipos de dolo, como son: el genérico consistente en el querer apoderarse de la cosa, y el específico, consistente en el ánimo de dominio, ello atendiendo a que la acción de apoderamiento por parte del activo está encaminada a disponer del objeto, en virtud de que la acción física ejecutada siempre va acompañada del propósito del agente de apoderarse de la cosa y ponerla bajo su poder, es decir, la finalidad del activo es la de obtener un provecho para sí o para otro*. De ahí que se concluya que salvo el caso en que el activo acredite plenamente que ese apoderamiento lo realizó únicamente con ánimo de uso, todo acto de apoderamiento sin consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo, es ejecutado con ánimo de tener dominio en el objeto, por estar encaminada la conducta del activo a disponer de él, lo que ocurre desde el momento en que la cosa sale de la esfera de poder del dueño para entrar a la esfera de acción del ladrón.

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.¹²⁷

Como se puede deducir, hay tipos penales en los cuales el legislador no está obligado a hacer referencia expresa al elemento subjetivo específico, pero hay otros en los que sí es indispensable para poder delimitar perfectamente el radio de prohibición de la norma, como ocurre precisamente con el delito de robo de uso, ya que si el legislador omitiera la referencia al ánimo de usar la cosa, entonces estaríamos ante la presencia de un delito de robo.

Sin embargo, existen supuestos en los que la conducta del sujeto activo no necesariamente tiene que estar guiada por un determinado ánimo, fin o intención, por lo cual será el legislador quien decida si incluye o no el elemento subjetivo específico en el tipo penal. Para ejemplificar lo anterior podemos recurrir al tipo de hostigamiento sexual, descrito en el CPF de la manera siguiente:

Artículo 259 Bis. Al que con fines lascivos asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación, se le impondrá sanción hasta de cuarenta días multa. Si el hostigador fuese servidor público y utilizare los medios o circunstancias que el encargo le proporcione, se le destituirá de su cargo.

Mientras que el legislador del Distrito Federal lo redactó así:

¹²⁷ Tesis I.9o.P.21 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, XVII, mayo de 2003, p. 1264.

Artículo 179. Al que acose sexualmente con la amenaza de causarle a la víctima un mal relacionado respecto a la actividad que los vincule, se le impondrá de seis meses a tres años de prisión.

Si el hostigador fuese servidor público y se aprovechara de esa circunstancia, además de la pena prevista en el párrafo anterior, se le impondrá destitución por un lapso igual al de la pena de prisión impuesta. Este delito se perseguirá por querrela.

Como se puede observar fácilmente, el fin lascivo no está previsto en la descripción del hostigamiento sexual realizada por el legislador del Distrito Federal, por lo cual podemos considerar que el legislador local decidió excluirlo y que no será necesaria su prueba, dado que tampoco se le puede considerar como un elemento subjetivo específico implícito del tipo. Pero a nivel federal será imprescindible demostrar dicho fin lascivo, dado que está previsto expresamente en el tipo y, conforme al principio de legalidad, solo podrá dictarse sentencia condenatoria cuando se haya probado debidamente dicho elemento subjetivo específico.

Otro buen ejemplo de los elementos subjetivos específicos no implícitos en el tipo y que corresponde al legislador decidir si los incluye o no en la descripción típica de la conducta, es el de las operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el CPF de la siguiente manera:

Artículo 400 Bis. Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa al que por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas: adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con alguno de los siguientes propósitos: ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita.

Desde la perspectiva anterior, será atípica la conducta de quien realizó alguna de las operaciones descritas sin alguno de los propósitos enunciados. Lamentablemente muy pocas veces se ha llegado a condenar a los responsables de este delito¹²⁸ y algunas de las absoluciones se han sustentado en la ausencia del referido propósito o en su falta de prueba, tal y como ocurrió con la absolución decretada por el magistrado Jesús Guadalupe Luna Altamirano en el caso del hijo del *Chapo Guzmán*, al señalar: "No existen pruebas de que Guzmán Salazar realizará alguna maquinación para ocultar la apertura de sus

¹²⁸ "De las averiguaciones previas iniciadas de 2006 a 2012, únicamente 319 se concluyeron y se enviaron a tribunales. En 79 casos obtuvo sentencias favorables, desarticuló a 23 organizaciones delictivas y aseguró 133 millones de pesos y 199 millones de dólares", Reyes, Juan Pablo, "Averiguaciones sobre lavado van a la baja", *Excélsior*, México, 18 de marzo de 2014.

cuentas pues dio su nombre, dirección, dijo ser estudiante y no realizó ninguna operación con la intención de ocultar sus actividades a las medidas de control del sistema bancario”.¹²⁹

Cabe señalar que hay propuestas de reformar el artículo 400 bis del CPF para eliminar del tipo dicho elemento subjetivo específico, lo cual podría realizar el legislador penal, dado que no se trata de un elemento intrínseco de la conducta prohibida, pero mientras permanezca en el tipo será necesario probarlo para condenar al acusado.

Todo lo anterior deja al descubierto, una vez más, lo importante que es identificar y probar debidamente los elementos subjetivos específicos cuando forman parte del tipo.

Por último, los elementos subjetivos específicos son denominados en la jurisprudencia nacional como *dolo específico*, pero nosotros preferimos mantener la primera denominación para evitar confusiones con el dolo mismo, del cual nos ocuparemos a continuación.

II. GENÉRICOS

Recordemos que el artículo 8o. del CPF solo reconoce dos formas de comisión del delito: dolo o culpa (propia de imprudencia), a las cuales hemos denominado elementos subjetivos genéricos.

1. DOLO

Ulpiano manifestó: *cogitationis poenam nemo patitur* (nadie puede ser sancionado por sus pensamientos),¹³⁰ afirmación que sigue vigente en su plenitud; pero si además del pensamiento hay una manifestación de la conducta (acción u omisión) a la que se puede vincular la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado, entonces deja de ser un simple pensamiento y se debe analizar el hecho para determinar si la persona debe ser sancionada penalmente.

La historia del dolo es muy antigua,¹³¹ y tanto su concepción como ubicación, primero en la culpabilidad y después en el tipo, han supuesto grandes

¹²⁹ Otero, Silvia, “Liberan a El Chapito por falta de pruebas”, *El Universal*, México, 11 de abril de 2008, sección nación.

¹³⁰ Roxin, *Derecho penal...*, cit., p. 260.

¹³¹ Podemos encontrar referencias desde los romanos, “durante la República y aun en las Doce Tablas, fue una exigencia del pretor por vía jurisprudencial”, Mommsen, *Derecho penal romano*, trad. de Pedro Dorado M., Madrid, La España Moderna, pp. 94 y ss., cita en Ferreira, Francisco José, “El derecho penal de la culpabilidad ‘el dolo’”, *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, Cali, Colombia, núm. 2, primer semestre, 1980, p. 12. Adriano lo definía como *In maleficiis voluntas spectatur, non exitus*, Dig. 48,8 y 14, cita en Jescheck, op. cit., p. 263, nota 3.

debates teóricos con importantes efectos prácticos.¹³² Sin embargo, consideramos que actualmente el dolo:

- 1) se debe ubicar en el tipo,
- 2) es el principal elemento subjetivo genérico del tipo, y
- 3) se integra con el conocimiento y la intención.

Antes de empezar con el análisis del dolo, conviene tener muy presente que su importancia práctica radica en la sanción, pues, conforme a lo dispuesto en el artículo 60 del CPF, la pena a imponer por un delito culposo solo alcanza hasta una cuarta parte de la prevista para el delito doloso; así, por ejemplo, el homicidio doloso se puede sancionar con una pena de 12 a 24 años de prisión (artículo 307 del CPF), mientras que el culposo solo sería sancionado con una pena de 3 a 6 años, lo cual no solo implica una importantísima rebaja de la sanción, sino también diversos beneficios procesales, como la procedencia de los acuerdos reparatorios, previstos en el artículo 187, fracción II, del CNPP, así como el beneficio establecido dentro del procedimiento abreviado, previsto en el artículo 202, párrafo tercero, del referido Código, respecto a la aplicación de la pena, pues el Ministerio Público tiene la facultad de solicitarle al juez la reducción de hasta dos terceras partes de la pena mínima de la sanción corporal que le correspondiere al delito que se le atribuye al acusado, siempre que se trate de delitos cometidos por culpa. Además, dicho numeral, en el siguiente párrafo, también faculta al Ministerio Público a solicitarle al juez la reducción de una mitad de la mínima de prisión en los delitos culposos.

Todavía más, existen delitos que solo admiten su comisión dolosa, pues solo los contemplados en el párrafo segundo del citado artículo 60 del CPF admiten su comisión culposa ilos demás no! Por ejemplo, el tipo de terrorismo (artículo 139 del CPF) no está en dicho listado, por lo cual solo admite su comisión dolosa y, en consecuencia, si este no existió o no fue debidamente demostrado, entonces no se podrá condenar al acusado de terrorismo. Por esta razón es muy importante definir con claridad cuál es el concepto del dolo para diferenciarlo de la culpa y acreditarlo debidamente.

El CPF establece: "Artículo 9o. Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley".

La citada disposición legal claramente nos indica que el dolo se integra con dos elementos: conocimiento (cognitivo) e intención (querer o aceptar). Pero los problemas aparecen cuando nos preguntamos ¿qué debe conocer quien actúa con dolo? ¿requiere conocer la ley? ¿qué grado de conocimientos se ne-

¹³² Para un extenso desarrollo del tema remito al lector a mi libro, *Dolo (causalismo, finalismo, funcionalismo y reforma penal en México)*, 3a. ed., México, Porrúa, 2001, 270 pp.

cesitan? ¿se debe querer el resultado o bastará con querer realizar la conducta peligrosa para el bien jurídico? A estos interrogantes se suma la existencia de tres diferentes clases de dolo, a saber: directo, indirecto y eventual. Esto ha llevado a un sector de la doctrina a negar la existencia de un solo concepto de dolo,¹³³ pero nosotros consideramos que ello sí es posible.

A. Concepto

Desde nuestro punto de vista, obra dolosamente quien conoce las circunstancias esenciales del hecho y decide realizar la conducta porque quiere o acepta el resultado, todo lo cual al ser analizado por el jurista coincide con lo descrito por el legislador en el tipo penal.

Para comprender y, sobre todo, fundamentar legalmente el concepto de dolo que hemos propuesto, será necesario pasar al análisis de cada uno de sus elementos.

B. Elementos

a. Conocimiento

Para afirmar que el sujeto obró dolosamente solo se requiere acreditar que conocía las circunstancias esenciales del hecho al momento de realizar la conducta, en palabras coloquiales, que el sujeto sabía lo que estaba pasando o sucediendo cuando actuó; por ejemplo, que al momento de disparar la pistola sabía que estaba cargada y que estaba apuntando hacia una persona, o que al momento de llevarse el coche sabía que no le pertenecía y que el dueño no estaba de acuerdo.

Es lógico pensar que el conocimiento es el presupuesto de la intención, toda vez que no se puede querer lo que no se conoce,¹³⁴ para lo cual se utilizan las facultades intelectuales para averiguar la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas. Como producto de dicho razonamiento, el sujeto podrá identificar no solo cuestiones de carácter objetivo, sino también de valoración normativa, por ejemplo, la pistola o la persona tienen materialidad, mientras que la falta de consentimiento del dueño o la ajeneidad de la cosa son apreciaciones que requieren de un juicio de valor.¹³⁵

Aquí nos enfrentamos a una de las primeras dudas arriba planteadas: ¿cuál es el grado de conocimiento exigible para el dolo?

¹³³ Para un amplio análisis, *cfr.* Díaz Pita, Ma. del Mar, *El dolo eventual*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1994, pp. 325 y ss.

¹³⁴ En este sentido, *cfr.* Maurach y Zipf, *op. cit.*, t. I, p. 380; Hassemer, Winfried, "Los elementos característicos del dolo", *ADPCP*, Madrid, Ministerio de Justicia, t. XLV, fasc. III, septiembre-diciembre de 1990, p. 927.

¹³⁵ En este sentido, la oración lingüística que se encuentra contenida en la descripción típica de la conducta de robo es equivalente a la que el sujeto se está representando al momento de realizar su conducta, y por ello se puede constatar el dolo. *Cfr.* Puppe, *op. cit.*, pp. 97 y 98.

Para Mezger “es necesaria y suficiente valoración paralela en la esfera del profano”.¹³⁶ En este sentido, por “profano” se debe entender al hombre medio dentro del entorno social y cultural en el cual se desenvuelve el autor del hecho, en otras palabras, la valoración que cualquiera podría realizar.

Consideramos que la representación que tiene en la mente el sujeto que obra dolosamente abarca tanto las circunstancias como las consecuencias de su actuar.¹³⁷ Pero esta concepción nos acarreará problemas durante el proceso penal, dado que solo el sujeto que actuó es el único que sabe con certeza lo que sabía y lo que desconocía, por lo cual quien analiza el caso (juez, fiscal, defensor, etcétera) deberá realizar una valoración *ex ante*, que consiste en un ejercicio mental a través del cual tratará de colocarse en el momento previo a la realización de la conducta del autor para tomar en cuenta su fin, el plan, el contexto circundante, los medios con los que contó, para de esa manera poder emitir un pronóstico sustentado en un juicio de probabilidad general sobre el peligro que encerraba la conducta para el bien jurídico y que le permitía medir las consecuencias de su actuar. De ahí que no baste con que el sujeto nos diga qué es lo que sabía, sino también se debe respaldar con razonamientos, argumentos y medios de prueba para confirmar o desechar su dicho.

No forma parte del dolo el conocimiento de los resultados efectivamente verificados (perspectiva *ex post*), pues ellos se obtienen después de realizada la conducta, es decir, después de consumado el hecho. Así, si recordamos el ejemplo del sujeto que da un puñetazo a su víctima, quien muere porque era hemofílico o por el traumatismo craneoencefálico sufrido al colisionar la ambulancia en que era trasladado al hospital. Si partiéramos de una valoración *ex post*, tendríamos que decir que hay una persona muerta, pero sería imposible que eso lo supiera previamente el agresor, quien lo único que podía prever eran lesiones. Por ello, para efectos del conocimiento requerido por el dolo, lo único importante es delimitar el pronóstico que podía emitir el autor sobre los resultados de su comportamiento: perspectiva *ex ante*.¹³⁸

El ejemplo anterior nos muestra con meridiana claridad lo útil que es analizar el caso con los tres elementos de la conducta típica, pues tenemos una conducta que objetivamente desencadenó el proceso causal que culminó con la muerte, pero que desde el punto de vista normativo solo se le pueden imputar las lesiones leves que se confirman con el pronóstico de la perspectiva *ex ante*, que integra el dolo como elemento subjetivo genérico, la cual nos indica que dar un puñetazo no aparece como peligroso para la vida, sino solo como una causa de alteración de la salud.

¹³⁶ Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., 3a. ed., p. 241. En el mismo sentido, cfr. Welzel, *Derecho penal alemán...*, cit., p. 91; Jescheck, *op. cit.*, pp. 265 y 266.

¹³⁷ Cfr. Welzel, *Derecho penal alemán...*, cit., esp. p. 78; Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1989, esp. p. 61; Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., 3a. ed., esp. p. 240.

¹³⁸ Cfr. Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., 3a. ed., p. 216; Roxin, *Derecho penal...*, cit., p. 360.

Ahora bien, el conocimiento del sujeto puede recaer sobre circunstancias esenciales o bien accidentales, lo cual es relevante en ambos casos pero con consecuencias distintas;¹³⁹ como veremos más adelante, el desconocimiento o falsa apreciación (error) de circunstancias esenciales previstas en el tipo tiene como consecuencia la eliminación del dolo y, en ocasiones, hasta del delito mismo, mientras que los elementos secundarios solo determinan la agravación o la atenuación de la conducta-típica. Como sucede, por ejemplo, cuando se sabe que se está matando a otra persona (circunstancia esencial), pero se desconoce que es un ascendiente (secundaria), lo cual nos permite adecuar al conocimiento que tiene el sujeto activo en lo descrito en el homicidio, pero nos impide encuadrarlo en el de parricidio que prevé una pena más elevada; en este sentido podemos acudir a la siguiente tesis jurisprudencial:

PARRICIDIO, DOLO ESPECÍFICO NECESARIO PARA LA INTEGRACIÓN DEL. CASO DE ERROR EN EL GOLPE. El artículo 240 del Código Penal del Estado de México, que regula el parricidio, lo tipifica como la privación de la vida, dolosamente, de cualquier ascendiente o descendiente consanguíneo y en línea recta, sean legítimos o naturales, sabiendo el delincuente ese parentesco, o del cónyuge. Esto es, que tal ilícito requiere de dolo específico, pues no basta la intención de matar, sino que la misma debe estar dirigida precisamente a una de las personas con las que se tenga un vínculo de los señalados. Ahora bien, si la intención del agente es privar de la vida a su cónyuge, pero por error en el golpe (*aberratio ictus*), a quien mata es a uno de sus descendientes ello no es suficiente para estimar que su conducta se adecua a dicho tipo, pues falta la directa intención de privar de la vida al descendiente para que su actuar se amolde a la figura legal en mención, pues es palpable la ausencia del dolo dirigido a la víctima, y el delito realmente integrado viene a ser el de homicidio.

Amparo directo 7410/85. Felipe Soria Mondragón. 3 de marzo de 1986. 5 votos. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: María Edith Ramírez de Vidal.¹⁴⁰

La redacción del artículo 9o. del CPF ha llevado a creer erróneamente que el dolo requiere del conocimiento del texto de la ley, pero ello sería prácticamente imposible, ya que los tipos penales son figuras jurídicas que requieren de un conocimiento especializado, no solo del texto de la ley, sino también de su interpretación, lo cual es muy difícil no solo para el ciudadano común y corriente sino incluso para muchos abogados. Por lo cual, si la ley es igual para todos (principio de igualdad), el único conocimiento que puede exigir el legislador para obrar con dolo es aquel que todos adquirimos con la experien-

¹³⁹ Cfr. Beling, Ernst von, *Esquema del derecho penal (la doctrina del delito-tipo)*, trad. de Sebastian Soler [a la 11a. edición de 1930, *Grundzüge des Strafrechts (Die Lehre von Tatbestand)*], Buenos Aires, Depalma, 1944, esp. pp. 82 y ss. En contra, José Manuel Gómez Benítez, quien considera que se deben conocer "todos" los elementos del tipo. Cfr. del autor citado, *Teoría jurídica del delito (derecho penal, parte general)*, Madrid, Civitas, 1984, pp. 205 y ss.

¹⁴⁰ *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Primera Sala, vols. 205-216, segunda parte, p. 29.

cia y que nos permite conocer e identificar las circunstancias y consecuencias esenciales de nuestro actuar, y será el jurista quien interpretará y determinará si ese conocimiento que tuvimos de la realidad al momento de actuar corresponde con la descripción contenida en el tipo penal, es decir, mientras que el sujeto activo se representa una realidad, el jurista trata de representarse si ese conocimiento de la realidad es el que describió el legislador en la ley.¹⁴¹

De acuerdo con lo antes mencionado, cuando el legislador describe una conducta en el tipo, parte de la idea de que el sujeto tiene conocimiento de lo que hace, es decir, parte del presupuesto de que el sujeto actúa “a sabiendas”, por lo cual resulta un tanto redundante que el legislador lo reitere en algunos tipos penales, pero tal vez con ello solo pretende hacer un mayor énfasis de dicha exigencia; de cualquier forma, consideramos que ese reforzamiento es innecesario porque, como hemos dicho, el conocimiento es el presupuesto básico de todos los tipos penales.

En resumen, el único conocimiento que se requiere para obrar dolosamente es el de la situación en la cual se está actuado y no en conocer la ley.

Dicho sea de paso, el conocimiento o desconocimiento de la ley será materia de análisis en la culpabilidad, lo cual desarrollaremos más adelante.

b. Intención

No debemos confundir voluntad con intención, pues la primera es la capacidad de autodeterminación que tiene el sujeto sobre sus movimientos corporales,¹⁴² mientras que la segunda es la dirección que el autor imprime a su conducta. Por ello es que la voluntad se analizó en los elementos objetivos de la conducta típica, mientras que la intención es materia de los elementos subjetivos.

Para determinar la intención del sujeto debemos preguntarnos ¿qué quiso hacer? y ¿para qué lo hizo? La respuesta a dichas incógnitas nos señalarán si quiso realizar su conducta y cuál era el resultado o fin por alcanzar. Normalmente es lógico el binomio entre conducta y resultado, por lo cual se ha sostenido que las conductas del ser humano siempre están dirigidas hacia un fin; sin embargo, la expresión *¡por que sí!* denota que la intención del sujeto radicaba en la conducta *¡porque así le dio la gana!* y no necesariamente en los resultados, los cuales pudo quererlos o solo aceptarlos. Ese es precisamente el trasfondo del artículo 9o. del CPF al establecer: “Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley”.

¹⁴¹ Cfr. Beling, *Esquema del derecho...*, cit., p. 77. En el mismo sentido, cfr. Muñoz Conde, *Teoría general...*, cit., p. 61. Para una concepción contraria, Frank, *Aufbau des Schuldsbegriffs*, 1907, p. 29, cita en Díaz Pita, *op. cit.*, p. 56.

¹⁴² Cfr. Muñoz Conde, *Teoría general...*, cit., esp. p. 62.

Por ende, en el derecho penal mexicano, la intención del actuar doloso radica en querer la conducta y no necesariamente en el resultado, pues el autor obrará dolosamente no solo cuando quiso, persiguió o deseó el resultado, sino también cuando solo lo aprobó o aceptó como una consecuencia necesaria o muy probable de su obrar.

Antes de entrar al análisis de las clases de dolo, conviene recordar que después de la reforma de 1984 al CPF se eliminó la presunción del actuar doloso, por lo cual resulta más que necesario esclarecer su significado para estar en condiciones de probarlo.

C. Clases

La diferencia entre querer y aceptar como necesario o muy probable un resultado nos sirve para clasificar el dolo en directo, indirecto y eventual.¹⁴³ Es muy importante esclarecer esta diferencia para su correcta aplicación en la práctica jurídica; por lo regular solo se identifica el dolo directo y poco se conoce del indirecto y aún menos del eventual, con lo cual muchos asuntos que deberían sancionarse a título de dolo terminan siendo condenados por imprudencia o incluso quedando impunes.

a. Directo

El dolo directo, también llamado dolo directo de primer grado, se puede considerar como sinónimo de la intención o el propósito del autor.¹⁴⁴ Así, obrará con dolo directo quien quiere realizar una conducta con el objetivo de provocar un resultado específico (*ex ante*) y efectivamente consigue el fin perseguido (*ex post*).

El caso de Felipe Ferra Gómez (El Ferraz) representa el mejor ejemplo del obrar doloso directo al manifestar:

Reportero: ¿Cómo se llama señor?

Ferra: Mi nombre es Felipe Ferra Gómez, soy originario de Veracruz, mira es que a mí el vato se me fue liso con una cadena adiamantada así como la que trae el señor, eh, y \$500.00 pesos, eh, y me dice: no a mí me vale verga lo que tú hagas —dice— para mi eres un chamaco cagón, le digo ah está bien le digo, no hay pedo ahí que quede. Yo le dije a mi madre, a ese vato yo lo voy a machetear, la neta, y me dijo mi madre: no, no haga así, icálmate!, itranquilo!, itranquilízate!, no, a la verga me duele la rodilla, loco de a madres.

Reportero---- (no se entiende)

Ferra: Afirmativo

¹⁴³ Cfr. Welzel, *Derecho penal alemán...*, cit., esp. pp. 80 y ss.; Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., 3a. ed., esp. pp. 244 y ss.; Muñoz Conde, *Teoría general...*, cit., esp. p. 62; Maurach y Zipf, *op. cit.*, t. I, esp. p. 382.

¹⁴⁴ Cfr. Roxin, *Derecho penal...*, cit., esp. p. 415.

Ferra: Ya de ahí partí, nos fuimos a la villa, y en la villa ese vato me tiro de piquetes, yo me las esquite así, zas, zas, fum.

Ferra: El vato se envergó, salió corriendo, ahí se lo llevo su puta madre, le tire bala fría, tu sabes papi que la bala fría, fum fum fum, el vato corre y me dice "Ferra ya estuvo, Ferra ya estuvo" ahora, la bebes o la derramas.

Reportero: ¿Cómo estuvo que lo conoció?

Ferra: A ese vato lo conocí en Pacho Viejo, Veracruz, el vato estuvo preso en San Andrés, Veracruz, así, así, así, lo que haiga pasado ya se lo llevo su puta madre.

Reportero: ¿Usted a que se dedica?

Ferra: soy colador señor la verdad, yo soy colador y a mí me achacaron un robo con él, la verdad pá que... eh mmm, te miento.

Reportero: ¿Dónde robaron?

Ferra: ¡Ah!, ya tiene rato esa, la neta, ahí me revisaron la computadora eso ya lo pague ahorita es esto, es aparte, ahorita lo que debo es el muchacho ese.

Ferra: Es como que yo te dijera, que me voy a fornicar a tu mother.

Reportero: ¿Eso te dijo?

Ferras: La neta me dijo, me voy a fornicar a tu mother, a tu hermana, y le digo, ¡ah, sí!, te vas a fornicar a mi madre y a mi hermana, isocan! Que le meto la primera "Ferra, ya estuvo, Ferra" ah, ya estuvo hijo de tu puta madre, sale corriendo paca, pup, pi.

Ferra: pa que te voy a decir que no si sí, el vato va a declarar en mi contra ¡hay me pico! ¡me pico! bien puto. Si está muerto pues lo pago, ya que, ¿no? Lo pago ya que le voy hacer, donde voy a correr, a donde me voy a ir, son 30 del águila, tengo 23, 24 para 30 salgo 54 años, no hay pedo ¡lo pago! Como se le va a ocurrir a mi ma...¹⁴⁵

La singular narración de los hechos realizada por el *Ferraz* es una clara expresión lingüística de las diferencias sociales y culturales que existen en nuestro país, por lo cual será necesario que el jurista identifique exactamente el significado de las palabras empleadas por el sujeto para determinar si corresponden con lo descrito por el legislador en el tipo penal. Piénsese, por ejemplo, en la expresión "le tiré bala fría", lo cual podría interpretarse como el haber disparado, pero que en el lenguaje coloquial de ese sector social significa apuñalar, por lo que, conforme a las reglas de los artículos 368 y 369 del CNPP, se necesitará respaldar esa manifestación con la necropsia que indique cuál fue el órgano fundamental que fue interesado con el arma punzo-cortante, así como las pruebas de criminalística que nos muestren la posición víctima-victimario y, en general, todas aquellas que nos ayuden a acreditar la coincidencia entre lo confesado y lo sucedido. Por ende, la confesión sobre el conocimiento de las circunstancias y la intención de realizar la conducta para producir el resultado no son suficientes para condenar a una persona a título de dolo, pues será necesario que ello esté respaldado con pruebas que acrediten su postura y que además, dicho sea de paso, que la manifestación se haya

¹⁴⁵ http://www.youtube.com/watch?v=O64_hWHQt9k.

realizado frente a un juez y en presencia de su abogado, por lo cual videos como el citado o confesiones ante los agentes aprehensores, como sucedió en el caso *Rubí* en Chihuahua, se consideran pruebas ilícitas.

Es evidente que son raros los casos en los cuales el sujeto confiesa el delito cometido, pero también lo es que en muchos asuntos no se le ha cuestionado sobre lo que sabía al momento de actuar y sobre la intención que guió su conducta, por lo cual el primer paso a seguir es preguntarle durante la audiencia de juicio oral ¿qué sabía? y ¿qué quería?, para lo cual será necesario formular preguntas directas e indirectas así como demostrar las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión en las cuales actuó el acusado para de esa forma determinar si obró o no con dolo. Los criterios anteriores están contemplados en la tesis jurisprudencial siguiente:

POSESIÓN DE ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICOS EN DELITOS CONTRA LA SALUD. SU NECESARIA VINCULACIÓN CON LA FINALIDAD. El tipo penal previsto en el artículo 195 del Código Penal Federal establece sanción para el poseedor de alguno de los estupefacientes y psicotrópicos señalados en el normativo 193, pero ello siempre y cuando esa posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194. Para el acreditamiento del elemento subjetivo es sin duda la confesión un medio idóneo aunque por sí sola no es suficiente, pues en la mayoría de los casos en que ella exista habrá que vincularla con otras que estén apareadas, con la comprobación del resto de los elementos típicos de carácter objetivo. Resulta, por tanto, necesario demostrar primeramente los elementos de carácter objetivo del tipo penal, como son: la existencia de la droga, el tipo y la cantidad de la misma que el sujeto poseía (o transportaba), así como circunstancias de lugar, tiempo, y ocasión; después habrá que analizar la existencia de los elementos subjetivos, como son el dolo y la especial finalidad, para lo cual es idónea la confesión del inculpado de que efectivamente la poseía y que la llevaba consigo para realizar alguna de las acciones a que se refiere el artículo 194, es decir: comerciar, traficar, introducir, etcétera. En tales circunstancias, el juzgador al resolver debe efectuar un enlace concatenado de los elementos objetivos con el aspecto subjetivo, y con todo ello determinar la finalidad del agente respecto del destino del narcótico, no resultando por tanto suficiente la sola afirmación aislada de dicha circunstancia sin la vinculación con otros medios de prueba.¹⁴⁶

Comulgamos con lo sustentado en el criterio jurisprudencial citado, pues la prueba del dolo resulta más fiable si se concentra más en el aspecto cognitivo que en la intención, tal y como lo afirma Muñoz Conde:

Nadie, salvo la propia persona de cuya subjetividad se trata, puede “saber con certeza” cuál es su exacto contenido. Cuando se dice, por ejemplo, que alguien actuó con dolo, se está, en realidad, presumiendo que, dadas las circunstancias

¹⁴⁶ Tesis la./J. 7/96, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Primera Sala, t. III, marzo de 1996, p. 477.

y datos que concurrían en el caso concreto, el sujeto sabía lo que hacía y quería hacerlo; pero lo que el sujeto realmente sabe o quiere, nadie puede conocerlo, sino todo lo más deducirlo.¹⁴⁷

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo español, de 14 de junio de 1991, estableció: “el elemento subjetivo no se exterioriza de la misma forma que el objetivo. Ha de deducirse del comportamiento externo, es decir, de las circunstancias que anteceden, rodean y siguen al acontecer delictivo configurándolo”.

Por todo lo anterior, consideramos que durante la audiencia de juicio oral es más importante concentrarnos en la pregunta ¿qué circunstancias conocía el autor al realizar la conducta? y menos en tratar de saber ¿cuál era su fin? para poder esclarecer si su obrar fue o no doloso.

b. *Indirecto de consecuencias necesarias*

En el dolo indirecto, el sujeto quiere realizar una conducta con un fin o meta que quiere alcanzar, pero para conseguirlo tendrá que provocar necesariamente otros resultados que no quiere pero los acepta y sigue adelante con su actuar; por esta razón, al dolo indirecto también se le denomina dolo de consecuencias necesarias o dolo directo de segundo grado.¹⁴⁸

En el famoso caso *Thomas (1875)*, el autor hizo cargar un explosivo en un barco para cobrar el seguro, y aunque no tenía ningún interés en causar la muerte de la tripulación, sabía que ello sería inevitable porque estaban a bordo, por lo cual podemos sostener que su conducta de homicidio fue con dolo indirecto o de consecuencias necesarias.

Otro caso que podemos citar es lo sucedido en un albergue para rehabilitación de drogadictos en la Ciudad de Morelia, en donde se encontraba internado un sujeto apodado el *Flama*, quien recibió la visita de su concubina embarazada; ambos estuvieron platicando, comieron y empezaron a discutir airadamente. En cierto momento ella le reveló que no era el padre del bebé que esperaba, lo cual enfureció al *Flama*, quien tomó un cuchillo y lo clavó en el cuello y tórax de la mujer, causando su muerte y la del producto de la concepción. Durante el proceso, el *Flama* manifestó que no tuvo intención de matar al futuro bebé, con lo cual, el defensor pretendió que el hecho se ubicará en la conducta típica de aborto imprudente. Sin embargo, la manifestación del *Flama* solo excluye el dolo directo, pero deja subsistente el dolo indirecto, dado que el acusado sabía que la mujer estaba embarazada y que al privarla de la vida necesariamente moriría el feto. Ello con independencia

¹⁴⁷ Prólogo del autor citado en Díez Ripollés, José Luis, *Los elementos subjetivos del delito (bases metodológicas)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, p. 10. En el mismo sentido, cfr. Maurach y Zipf, *op. cit.*, t. I, esp. p. 380.

¹⁴⁸ Cfr. Roxin, *Derecho penal...*, *cit.*, esp. p. 415.

de la conducta típica de homicidio (elemento objetivo) en razón de parentesco (elemento normativo jurídico) a título de dolo directo (elemento subjetivo genérico).

c. Eventual

En el dolo eventual, el sujeto sabe lo que está sucediendo a su alrededor y quiere realizar la conducta que muy probablemente producirá un resultado que no quiere pero lo acepta. A diferencia del dolo indirecto, en el que dicho resultado era una consecuencia segura, en el dolo eventual no hay tal certeza, empero es muy probable que ocurra.¹⁴⁹

Para sostener que el resultado fue aceptado porque era muy probable que con la conducta desplegada se produjera, no solo necesitamos saber si el sujeto activo tuvo tal representación, sino también hacer una valoración desde la perspectiva *ex ante*, para lo cual el jurista deberá colocarse hipotéticamente en la situación y circunstancias en las que se encontraba el sujeto antes de realizar la conducta, y conforme a un juicio de valoración de la persona común y corriente (profano) determinar si el resultado se podía pronosticar como muy probable.

Habrán datos relevantes para determinar la probabilidad de producción del resultado, como son el grado de destreza del sujeto activo, la adopción de medidas para evitarlo, las condiciones de tiempo, lugar, modo y ocasión; si con todo ello consideramos que era muy probable que la conducta produjera el resultado, entonces podremos sostener que estamos ante un comportamiento doloso eventual.

Debemos recordar que en el dolo eventual el sujeto no quiere el resultado, por lo cual será irrelevante que el sujeto diga que tenía la esperanza de que no se produjera el resultado o que incluso lo rechazó.

A continuación narraré algunos hechos reales para poder apreciar la importancia de establecer los criterios doctrinales que nos sirvan en la práctica para ofrecer una solución acorde con el principio de justicia material, sancionando con más penalidad aquellos hechos que fueron cometidos con dolo eventual y con una pena menor a quienes realizaron una conducta culposa.

Después de asistir a un evento social, una pareja tiene una discusión acalorada; ella, visiblemente embarazada, le dio una cachetada y él respondió con golpes y patadas en el vientre, provocando el aborto.

¹⁴⁹ Sobre las diferentes teorías en torno al dolo eventual y una amplia explicación del mismo, *cfr.* Díaz Aranda, Enrique, "Teorías del dolo eventual", *Criminalia*, México, núm. 2, año LXIII, mayo-agosto de 1997, pp. 47-64; Gimbernat Ordeig, Enrique, "Acerca del dolo eventual", en *Estudios de derecho penal*, 3a. ed., Madrid, España, Tecnos, 1990, esp. pp. 254 y ss.; Díaz Pita, *op. cit.*, p. 186.

Dos personas se pusieron de acuerdo para golpear a un tercero y una vez que lo encontraron comenzaron a golpearlo en la cabeza con barras de madera durante veinte minutos aproximadamente, ocasionándole la muerte.

Una mujer, egresada de la Universidad Autónoma de Puebla, decidió irse a estudiar una maestría en la Universidad del Sur de California en los Estados Unidos. Para ello, su padre hipotecó su casa y le proporcionó el dinero para pagar sus estudios. Poco tiempo después la hija se dio cuenta que estaba embarazada y decidió ocultárselo a sus padres, dando a luz al niño. El día de los hechos, los padres visitaron por sorpresa a su hija, quien al oír el timbre de la puerta y ver a través de la mirilla que eran sus progenitores, entró en pánico y decidió ocultar al bebé en el closet de blancos tapándolo con una gran cantidad de textiles de forma tal que no lo escucharan. La visita de los padres se prolongó por diez horas y cuando al fin se retiraron, ella se dirigió al closet y se percató que el bebé había fallecido por asfixia.

A las 19:30 horas del día veintidós de enero de dos mil, la menor Alejandra R. salió de su domicilio, ubicado en la calle de Nicolás Bravo número 2, de la comunidad de San Andrés, perteneciente al municipio de Yuriria, Guanajuato, llevando consigo una bolsa con basura, la cual dejó en la puerta de su vecino Isidro V., quien al verla, abrió la puerta y la trató de increpar ya que era frecuente que lo hiciera; la menor no contestó y corrió hacia su domicilio; Isidro V. la siguió, tocó a la puerta y les explicó a los padres de la menor (Angélica A. y Alejandro R.) que su hija dejaba continuamente bolsas de basura frente a su puerta, las cuales eran destrozadas por los perros de la zona y quedaba esparcida la basura por todo el frente de su casa. Lejos de que los padres de Alejandra R. se disculparan, le contestaron: “ese no es nuestro problema, hágale como quiera” y acto seguido azotaron la puerta. Dicha actitud molestó a Isidro V., quien gritó a la familia para que salieran a arreglar el conflicto, pero ellos hicieron caso omiso, por lo cual Isidro V. sacó una pistola y disparó en dos ocasiones con dirección a la casa con el propósito de espantarlos y forzarlos a salir para solucionar el problema de la basura. Pero al disparar provocó la muerte del padre y la hija que se encontraban en la sala. Durante el proceso se acreditó que Isidro V. se encontraba a 30 centímetros de distancia de la cerca de la casa de los ofendidos (la cual tenía 50 centímetros de alto) y podía ver a través de los ventanales grandes que los padres y la menor se encontraban en la sala ya que la luz estaba encendida.

En los supuestos anteriores, el sujeto activo no tiene la intención o finalidad de provocar el resultado, pues el esposo que golpea el vientre de su mujer no lo hizo con intención de matar al producto de la concepción; quienes golpearon a la víctima con barras de madera solo querían lesionarlo; la estudiante de la Universidad de California solo quería ocultar a su hijo, e Isidro V. quería llegar a un acuerdo con sus vecinos. Sin embargo, la conducta desplegada por cada uno de ellos entrañaba un alto peligro de lesión para el bien jurídico

tutelado, por lo cual se puede decir que aceptaron el resultado en atención a su elevada probabilidad de su producción y se les puede imputar a título de dolo eventual. Cabe advertir que esta última aseveración es más contundente entre más elementos de valoración se posean para poder formular una sólida expectativa *ex ante*, por lo cual será necesario allegarnos de todos los medios de prueba posible para respaldar el juicio de alta probabilidad del resultado.

El criterio anterior lo podemos ver claramente aplicado en la siguiente tesis jurisprudencial:

DOLO EVENTUAL. Si el activo disparó su arma con la voluntad dirigida precisamente a realizar una acción antijurídica, al hacerlo sobre una casa con el pleno conocimiento de que se encontraba habitada, es inobjetable que si se produjo un homicidio, se realizó ante la presencia del dolo eventual. Si la más segura consecuencia era la de lesionar o matar a alguien que se encontrara en la casa, ese resultado lo representó el activo por ser efecto normal o de alta probabilidad de realización, y ante tal situación debió abstenerse de ejecutar la acción, pero si por el contrario, ratificó su voluntad de disparar, asumiendo indiferencia respecto del resultado letal finalmente producido el homicidio imputado a título de dolo no le viola garantía alguna que deba ser reparada en el juicio constitucional.¹⁵⁰

Debemos advertir que el dolo eventual no solo se puede presentar en el autor del delito, sino también en el partícipe, como se desprende de la siguiente tesis jurisprudencial:

DOLO EVENTUAL EN LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA, CONCURRENCIA DEL. Si de autos se desprende que el quejoso aceptó acompañar al autor material del homicidio, para cometer el ilícito de robo en una mueblería; y tan es así, que llegó al lugar de los hechos y procedió a registrar al ahora occiso, sin realizar conducta alguna de la cual pudiera inferirse que trató de evitar la comisión del homicidio que se originó como consecuencia de los medios empleados para cometer el robo aludido, resulta evidente la concurrencia, en aquel delito, del dolo eventual, el cual surge cuando, en la representación del autor, se da como posible un determinado resultado, a pesar de lo cual no se renuncia a la ejecución de la conducta, aceptando las consecuencias de ésta, es decir, que aun cuando el inculpado no dirigió precisamente su conducta hacia el resultado obtenido, lo representó como posible o contingente, y aun cuando no lo quiso directamente, por no constituir el fin de su acción, sin embargo lo aceptó, ratificándose en el mismo, al persistir, al igual que el autor material, en su propósito de delinquir, pues como ya se indicó, se introdujo al domicilio de los ofendidos procediendo a registrar al ahora occiso, sin haberse opuesto al empleo de las armas, ni haber realizado algo de su parte para impedir el homicidio que su acompañante y coacusado ejecutó materialmente.

¹⁵⁰ *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Primera Sala, vols. 193-198, segunda parte, p. 21.

Amparo directo 7673/86. Nicolás Coria Arguello. 23 de septiembre de 1987. 5 votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos. Secretaria: María Eugenia Martínez de Duarte.

Séptima Época, Segunda Parte: Volúmenes 133-138, Pág. 73. Amparo directo 856/79. Manuel González Montaña. 8 de febrero de 1980. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Fernando Castellanos Tena. Secretario: Francisco Nieto González.

Volúmenes 133-138, Pág. 73. Amparo directo 252/79. Salvador Macías Pérez. 8 de febrero de 1980. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Fernando Castellanos Tena. Secretario: Francisco Nieto González.

NOTA (1): Se elimina la leyenda que aparece en la publicación original "Sostiene la misma tesis" para el asunto 856/79. En la publicación original de esta tesis aparece la leyenda: "Véase: Tesis relacionada con la Jurisprudencia 171 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985*, Segunda Parte, página 352".

NOTA (2): Esta tesis también aparece en: Informe de 1987, Segunda Parte, Primera Sala, Tesis 26, página 17.¹⁵¹

Pese a lo sostenido en el criterio jurisprudencial citado, no tenemos los elementos suficientes para valorar si efectivamente había una alta probabilidad de que el robo culminara con el homicidio de la víctima. Por lo cual será indispensable contar con las pruebas idóneas y necesarias para respaldar debidamente la afirmación de que el partícipe aceptó como muy probable el resultado de muerte, para lo cual será necesario atender a las reglas procesales relativas a las pruebas por desahogar en juicio, las cuales se encuentran enumeradas en el capítulo IV del CNPP. Si una vez desahogadas la pruebas permaneciera la duda sobre la aceptación del resultado por el partícipe, entonces, aplicando el principio *in dubio pro reo*, tendríamos que negar su participación en el delito a título de dolo eventual.

Por otra parte, aunque hemos señalado que el juicio de valoración *ex ante* se debe realizar conforme a los conocimientos que tiene el profano, ello se exceptúa en los casos de personas con conocimientos y deberes especiales, como sucede, por ejemplo, con el personal sanitario. Por ello, podemos imputar el resultado de muerte a título de dolo eventual en el caso de la enfermera que no cuenta bien las gasas y se queda una de ellas en el cuerpo del paciente que fue intervenido quirúrgicamente, causándole una peritonitis aguda que culmina con la muerte, o en el fallecimiento del joven a quien se le practicaba la rinoplastia debido a la falta de oxígeno, dado que el anestesiólogo dejó de monitorear el oxímetro. He aquí nuevamente la gran utilidad de combinar los elementos objetivos, normativos y subjetivos de la conducta típica!, pues objetivamente solo tenemos la conducta de acción de la enfermera y el anestesiólogo, así como el resultado de muerte de los pacientes (elementos

¹⁵¹ *Ibidem*, Séptima Época, Primera Sala, vols. 217-228, segunda parte, p. 22.

objetivos), pero ellos no produjeron los decesos (falta nexo causal), pero se les pueden imputar a la conducta por la violación de deberes específicos de cuidado (omisión como elemento normativo jurídico implícito), cuyas circunstancias conocían plenamente y por su instrucción sabían que era altamente probable el resultado (dolo eventual); por todo ello, ambos supuestos son de homicidio en comisión por omisión a título de dolo eventual.

En la práctica jurídica nacional se considera que los resultados causados en accidentes de tránsito de vehículos de motor se deben sancionar a título de culpa o imprudencia, pero esa afirmación puede ser incorrecta cuando podemos demostrar que el conductor violó diversos deberes de cuidado que hacían altamente probable la producción de los resultados y que por tanto obró con dolo eventual. De ahí que en el caso del accidente de la pipa de gas que chocó y explotó en la carretera México-Pachuca, el 7 de mayo de 2013, causando la muerte de 27 personas, 33 heridas y 35 casas dañadas, se le puedan atribuir al conductor a título de dolo eventual, si se concluye que ello se debió al exceso de velocidad que hacía prácticamente imposible controlar el doble semirremolque. En efecto, el reporte de la Comisión Nacional de Seguridad de 2013 señala que el 80% de los accidentes en carreteras federales se debió a que los conductores violaron los deberes de cuidado establecidos en el Reglamento de Tránsito en Carreteras y Puentes de Jurisdicción Federal;¹⁵² por ello, entre más deberes de cuidado sean violados, mayor será la probabilidad de causar el resultado y, en consecuencia, la conducta desplegada se puede considerar como dolosa eventual.

Por último, en el dolo eventual y en la culpa consciente se parte de una misma idea: en ninguno se desea el resultado, pero en ambos se reconoce la posibilidad de producirlo.¹⁵³ De ahí que el grado de probabilidad de verificación del resultado es decisivo para sostener el dolo eventual cuando dicha probabilidad es alta, y culpa o imprudencia cuando es mediana o baja. En este último supuesto habría una importantísima reducción de la pena y procederían diversos beneficios procesales.¹⁵⁴

¹⁵² Cervantes Trejo *et al.*, *op. cit.*, p. 11.
http://www.cns.gob.mx/portalWebApp/appmanager/portal/desk?_nfpb=true&_pageLabel=portals_portal_page_m2p1p2&content_id=830068&folderNode=830052&folderNode1=810277.
<file:///C:/Users/DELL/Downloads/CENAPRA.pdf>.

¹⁵³ Para un amplísimo desarrollo del tema, *cfr.* Frisch, Wolfgang, *Vorsatz und Risiko (Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhalten und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außer-tatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen)*, Berlín, Carl Heymanns Verlag K. G., 1983, 545 pp.

¹⁵⁴ Para más desarrollos, *cfr.* Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal, parte general*, 7a. ed., Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2007, esp. pp. 285 y 286; Zugaldía Espinar, José María *et al.*, *Derecho penal, parte general*, 2a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, esp. pp. 533 y 534; Mir Puig, *Derecho penal...*, *cit.*, 3a. ed., esp. pp. 299-302.

2. CULPA O IMPRUDENCIA

De acuerdo con el artículo 9o. del CPF, “Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales”.

Dicha regulación se sustenta en un aspecto subjetivo de no aceptar el resultado y otro de carácter normativo fundado en la violación de un deber de cuidado.

Para comprender el aspecto subjetivo de la culpa es necesario hacer un breve recorrido histórico de la dogmática jurídico penal.

A. Breve historia

Cuando Franz von Liszt dio a conocer el sistema clásico, consideró necesario analizar el hecho en la conducta, el tipo y la antijuridicidad, y dejar para la culpabilidad todas las cuestiones subjetivas del autor del hecho. Por ello es que el dolo y la culpa se ubicaron en este último elemento y se concibieron como sus formas, de tal suerte que se hablaba de una culpabilidad dolosa y otra culposa.

Es así como surgió la culpa con representación.

a. Culpa con representación

En el sistema clásico de Franz von Liszt y Ernst Beling, la culpabilidad tenía un contenido exclusivamente subjetivo y se sustentaba en el nexo psicológico que unía al autor con su resultado. Por ello era indispensable esclarecer cómo se podía establecer el nexo psicológico entre el autor que realizó el hecho y el resultado que no quiso, lo cual se resolvió diciendo que en la culpa el autor se representaba la posibilidad de producir el resultado si realizaba su conducta, pero desechaba ese pronóstico y confiaba en que no lo provocaría, y al seguir adelante con su actuar terminaba por lesionar el bien jurídico, de ahí el nombre de culpa con representación.¹⁵⁵

Precisamente la representación inicial que tuvo el autor sobre el resultado generaba el nexo psicológico, pero el desecharlo lo rompía y lo dejaba imperfecto. Con esta solución no solo se pudo sostener la culpa como forma de culpabilidad, sino también se le pudo diferenciar de la culpabilidad dolosa en la cual el sujeto quería o aceptaba el resultado y no lo desechaba como en la culpa.

¹⁵⁵ De esta problemática me he ocupado con más detalle en mi libro, *Derecho penal, parte general (conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)*, México, Porrúa-UNAM, 2003. También se puede consultar, Muñoz Conde y García Arán, *op. cit.*, esp. pp. 281 y 282; Mir Puig, *Derecho penal...*, *cit.*, 3a. ed., p. 287; Zugaldía Espinar *et al.*, *op. cit.*, esp. pp. 544-546.

La influencia del pensamiento alemán la podemos ver reflejada en la jurisprudencia mexicana:

IMPRUDENCIA, DELITOS POR. CULPA CONSCIENTE.

Si el inculpado previó el resultado dañoso, pero abrigó la esperanza de que no se produjese, su comportamiento establece la causa decisiva del daño habido y éste le es imputable a título de culpa consciente.

Sexta Época:

Amparo directo 4880/51. Isaac Segovia Paredes. 25 de enero de 1954. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 6076/51. Carlos Portillo Escalante. 25 de enero de 1954. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 2186/46. Manuel Muñoz Martínez. 5 de marzo de 1954. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 5283/51. Sidronio Gutiérrez García. 17 de marzo de 1954. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 1809/60. Benjamín Aviña Fernández. 21 de octubre de 1960. Unanimidad de cuatro votos.¹⁵⁶

Con el tiempo se puso de manifiesto que en la mayoría de los casos no existía tal representación previa del autor que había obrado culposamente, por lo cual faltaba el nexo psicológico entre la conducta y el resultado, dejando sin sustento a la culpabilidad, lo cual dio lugar a una intensa búsqueda para encontrar otra explicación, fue así como surgió la llamada culpa sin representación o inconsciente.

b. Culpa sin representación

Mientras que en el sistema clásico la culpabilidad tenía un sustento puramente subjetivo, en el sistema neoclásico se combinaba dicho criterio con otro de carácter normativo que implicaba un reproche al autor por haber contravenido el derecho. Dicha concepción subjetiva-valorativa permitió sustentar la culpa sin representación, en la cual el sujeto actúo sin pensar en el posible resultado (ausencia del elemento subjetivo), pero se le podía reprochar el haber contravenido la norma.¹⁵⁷ Frank (1907) lo explicó así: "a cada norma jurídica de la conducta externa corresponde una *norma de deber* conforme a la cual debe el autor orientar su conducta interna. La *infracción de esta norma* constituye la culpabilidad; el sujeto habrá infringido esta norma siempre que, por razón de las circunstancias concurrentes, le fuera exigible la adecuación de su conducta al Derecho".¹⁵⁸

¹⁵⁶ Tesis 177, *Apéndice de 1995*, Sexta Época, Primera Sala, t. II, parte SCJN, p. 101.

¹⁵⁷ Cfr. Roxin, *Derecho penal...*, cit., esp. pp. 198 y 199; Mezger, Edmund, *Derecho penal, parte general (libro de estudio)*, Tijuana, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1985, esp. p. 190.

¹⁵⁸ Reinhart, Frank, "Über den Aufbau des Schuldbegriffs", en *Giessen*, 1907, cita en Córdova Roda, *op. cit.*, pp. 28 y 29. Estas ideas fueron posteriormente desarrolladas por Goldschmidt,

Así, con la nueva concepción normativo-sicológica de la culpabilidad se podía sostener la culpabilidad en supuestos de culpa inconsciente a partir del reproche por la inobservancia de un deber de cuidado, sin importar ya la falta de nexo sicológico entre el autor y el resultado. Empero, entre el sujeto que obró culposamente habiéndose representado el resultado antes de actuar y aquel que ni siquiera se lo imaginó ¿a quién se le podría reprochar más? La respuesta parecía inmediata: a aquel que ni siquiera tuvo el cuidado de medir las consecuencias de sus actos, pero ¿cómo reprocharle el contravenir la norma si ni siquiera se lo representó?, y por el contrario, el reproche sería mayor al sujeto previsor y cuidadoso que se hubiera representado previamente el resultado y hubiera decidido actuar, con lo cual resultaba más grave la culpa con representación que la culpa sin representación, y eso era insostenible.

Los problemas se agravaron con la teoría final de la acción, cuando se consideró que todas las acciones estaban guiadas por un fin y que eso era lo relevante para el legislador cuando describía la conducta en el tipo.¹⁵⁹ Sin embargo, ya hemos visto que en la culpa o imprudencia el sujeto no quiere ni acepta el resultado, es más ipuede que ni siquiera haya pensado en él cuando actuó! Efectivamente, el fin que persiguió el sujeto que actuó con imprudencia es irrelevante para la tipicidad de la conducta. Por ello es que los delitos culposos fueron el *talón de Aquiles* de la teoría final de acción, la cual era perfecta para resolver problemas de delitos dolosos, pero fracasaba al analizar los delitos culposos. Este último punto es desconocido en México y por ello subsiste en los códigos penales la fórmula de la culpa con representación y sin representación en coexistencia con la violación del deber de cuidado.

Desde el punto de vista práctico, es muy raro el caso en el que el Ministerio Público haya investigado, o es más, que por lo menos le haya preguntado a un imputado de un delito imprudente, si previamente se había representado o no la posibilidad de causar el resultado, con lo cual la motivación de la que parten para su acusación se sustenta en conjeturas de que el sujeto pudo representarse el resultado.

Los problemas de la regulación de la culpa, así como los teórico-prácticos, nos obligan a ofrecer una nueva concepción.

B. Concepción de la imprudencia

Si tuvimos problemas con la intención en las conductas con dolo indirecto y eventual, con mucho mayor razón lo será en las conductas culposas, en las cuales el sujeto ni quiere ni acepta previamente el resultado producido.

Freudental y Mezger. Cfr. Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., 3a. ed., p. 580, nota 12; Mezger, *Tratado...*, cit., t. II, p. 38; Rodríguez Muñoz, *op. cit.*, p. 155.

¹⁵⁹ Welzel, *El nuevo sistema...*, cit., p. 83. También Rodríguez Muñoz, *op. cit.*, p. 156; Córdova Roda, *op. cit.*, esp. pp. 29, 30, 44 y 45.

Sin embargo, si retomamos nuestra concepción de los tres elementos interactuantes de la conducta típica, podremos encontrar una mejor solución, pues desde el punto de vista objetivo tenemos una conducta (acción u omisión) con un resultado que desde el punto de vista normativo se le puede atribuir al sujeto por la violación de un deber de cuidado a pesar de que este, desde el punto de vista subjetivo, no quiso ni aceptó la lesión del bien jurídico, por lo cual podemos sostener que obró con imprudencia y con ello podemos encuadrar fácilmente la conducta con el tipo que le corresponde.

La concepción de la culpa aquí planteada se apoya más en la valoración normativa de los hechos que en el aspecto subjetivo, pero no excluye ninguno de los aspectos, porque, como hemos dicho, los tres elementos de la conducta típica son indispensables para realizar un certero juicio de tipicidad.

Teniendo claridad sobre la concepción de la culpa, podemos pasar a su denominación, contemplada en el artículo 8o. del CPF. El vocablo culpa no solo se emplea en materia penal, sino también en el derecho civil, en juicios de índole moral, psicológico y religioso. Además, recordemos que en sus orígenes la culpa era una forma de la culpabilidad, por ello se llegan a confundir como sinónimos. Así, la equivocidad del vocablo culpa hace necesaria su sustitución por el de imprudencia, el cual refleja con mayor precisión su contenido basado en la infracción de un deber de cuidado previsto en la norma jurídica.¹⁶⁰

Hay que enfatizar que no basta con una simple falta de diligencia (negligencia) en el actuar del autor para sustentar la imprudencia, sino que es indispensable establecer cuál fue el deber de cuidado violado, es decir, será necesario señalar el artículo(s) del ordenamiento legal que obligaba al sujeto a actuar de determinada manera y que desobedeció.¹⁶¹

Así, cuando se determine la responsabilidad del sujeto que se acusa, y más cuando se condena por un delito imprudente, será indispensable citar con toda claridad los artículos de las leyes o reglamentos violados, pues de lo contrario se estaría violando la garantía de legalidad, dado que acto el de autoridad no estaría debidamente fundado.

C. Fundamento

¡No todos los delitos aceptan su comisión imprudente! Solo los contemplados en el párrafo segundo del artículo 60 del CPF, que dice:

Las sanciones por delitos culposos sólo se impondrán en relación con los delitos previstos en los siguientes artículos: 150, 167, fracción VI, 169, 199 Bis, 289,

¹⁶⁰ Sobre las ventajas de la denominación imprudencia, *cfr.* Cerezo Mir, *Curso de derecho...*, cit., II, esp. p. 159; Zugaldía Espinar *et al.*, *op. cit.*, esp. p. 532; Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., 3a. ed., esp. p. 286; Quintero Olivares, Gonzalo, *Parte general del derecho penal*, 2a. ed., España, Thomson-Aranzadi, 2007, esp. pp. 343 y 344.

¹⁶¹ *Cfr.* Muñoz Conde y García Arán, *op. cit.*, esp. pp. 282-284; Zugaldía Espinar *et al.*, *op. cit.*, esp. pp. 532 y 533.

parte segunda, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323, 397, 399, 414, primer párrafo y tercero en su hipótesis de resultado, 415, fracciones I y II y último párrafo en su hipótesis de resultado, 416, 420, fracciones I, II, III y V, y 420 Bis, fracciones I, II y IV de este Código.

A este listado se le conoce como fórmula del *numerus clausus*, la cual implica que solo los delitos allí enumerados pueden ser sancionados a título de imprudencia los demás no! La precisión que implica dicho listado de delitos imprudentes reafirma el principio de legalidad y de certeza jurídica, pues impide discusiones teóricas que podrían generar inseguridad sobre su comisión, por ejemplo, es insostenible el robo y la violación imprudentes, simple y sencillamente porque no están en el listado del párrafo segundo del artículo 60 del CPF.¹⁶²

Así, la fundamentación de la imprudencia tiene un doble requisito: primero, que se encuentre en el listado del *numerus clausus*, y segundo, que exista un fundamento jurídico contravenido con el obrar del autor.

Se pueden advertir dos posibilidades sobre la violación del deber de cuidado, una es la que se refiere a deberes previstos en la ley para cualquier persona¹⁶³ y otro es el que se refiere a deberes especiales por circunstancias personales o condiciones laborales.¹⁶⁴ En este sentido, no es lo mismo el exceso de velocidad de un automovilista particular que termina en un accidente con resultado de daños en propiedad ajena y lesiones, que la misma conducta que realiza el conductor de transporte público de pasajeros, pues aunque las dos son conductas imprudentes, es más grave la segunda que la primera por las calidades específicas del conductor. Conviene tener muy en cuenta lo anterior para determinar si la conducta típica se imputa a título de imprudencia o de dolo eventual.

Tampoco basta la sola violación del deber de cuidado para sustentar la imprudencia, pues además se requiere la verificación o constatación del resultado. Así lo confirma la siguiente tesis jurisprudencial:

IMPRUDENCIA, DELITOS POR.

Los elementos constitutivos del delito imprudencial o culposo pueden reducirse a tres: a) un daño igual al que produce un delito intencional; b) actos u omisiones faltos de previsión, negligentes, carentes de pericia, irreflexivos o desprovistos de cuidado; y c) relación de causalidad entre tales conductas y el daño causado.

Sexta Época:

¹⁶² Sobre esta problemática, *cfr.* por todos: Quintero Olivares, *Parte general del derecho...*, *cit.*, esp. pp. 344 y 345.

¹⁶³ Sobre la delimitación de este concepto, *cfr.* Muñoz Conde y García Arán, *op. cit.*, esp. p. 285; Mir Puig, *Derecho penal...*, *cit.*, 3a. ed., esp. pp. 294 y ss.

¹⁶⁴ Sobre el particular, *cfr.* Cerezo Mir, *Curso de derecho...*, *cit.*, esp. pp. 160-179.

Amparo directo 3393/53. Pedro Arias Orozco. 5 de agosto de 1954. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 1866/54. Vicente Aguilar Monsivais. 23 de septiembre de 1954. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 282/52. Marcelino Espinoza Villagrán. 22 de octubre de 1954. Cinco votos.

Amparo directo 7823/57. Alvaro Reyes Pérez. 17 de julio de 1958. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 4357/59. Augusto Valdez Sánchez. 30 de octubre de 1959. Cinco votos.¹⁶⁵

Solo cabe aclarar que la tesis anterior hace referencia a las conductas de omisión y se debe recordar que en dichos supuestos no siempre existe relación causal, la cual se sustituye por el nexo de imputación, por ello sería más certero utilizar en el inciso c) la expresión "imputar" o "atribuir" el resultado a la conducta.

Por otra parte, las afirmaciones anteriores nos llevan a concluir que las conductas típicas por imprudencia excluyen la tentativa, en la cual el resultado no se verifica y, en consecuencia, la pura violación del deber de cuidado quedará en una pura sanción administrativa.

D. Concurrencia de imprudencias

Cabe advertir que la concurrencia de culpas o imprudencias no elimina ninguna de ellas. Así, por ejemplo, si en un accidente de tránsito los dos conductores faltaron a su deber de cuidado y elevaron el riesgo que dio lugar al accidente, la culpa de uno no elimina la del otro. Dicho criterio se puede constatar en nuestra jurisprudencia:

IMPRUDENCIA, DELITOS POR, Y CULPA AJENA.

En los delitos imprudenciales, la culpa ajena que concurre a la producción del daño causado juntamente con la del inculpado, no exonera a éste de responsabilidad penal.

Sexta Época:

Amparo directo 1736/56. Félix Ramírez Martínez. 2 de agosto de 1957. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 5090/58. José Regino Montoya Solís. 16 de marzo de 1959. Cinco votos.

Amparo directo 83/60. Andrés García Díaz y coags. 22 de abril de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 2834/60. Gelasio Gutiérrez Razgado. 26 de enero de 1961. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 7523/60. Arnulfo Bautista García. 15 de febrero de 1961. Unanimidad de cuatro votos.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Tesis 173, *Apéndice de 1995*, Sexta Época, Primera Sala, t. II, parte SCJN, p. 99.

¹⁶⁶ Tesis 181, *Apéndice de 1995*, Sexta Época, Primera Sala, t. II, parte SCJN, p. 103.

En este sentido, como se puede observar, si bien es cierto que la concurrencia de culpas no exonera al imputado, ello no significa que no tenga efectos, por supuesto que los tiene, pero para efectos de la graduación de la pena, tal como lo establece el siguiente criterio jurisprudencial:

IMPRUDENCIA, DELITOS POR. CONCURRENCIA DE CULPAS.

Aun cuando la culpa ajena no exonera de la propia, en los delitos imprudenciales la concurrencia favorece al inculcado y es circunstancia que debe tomarse en cuenta para la fijación de la pena.

Sexta Época:

Amparo directo 6546/55. Arnulfo Arredondo Arredondo. 26 de agosto de 1957. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 6014/56. Fermín Herrera Coranguis. 19 de octubre de 1957. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 7465/56. Félix Villarreal de los Santos. 24 de junio de 1958. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 6031/57. Ernesto Alfonso Guerrero y Fernández de Arcipreste. 21 de octubre de 1959. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 3855/60. José Guadalupe Landaverde Prado. 25 de octubre de 1960. Unanimidad de cuatro votos.¹⁶⁷

E. Graduación de la pena y medios alternativos de solución

La conducta típica por imprudencia solo podrá alcanzar la pena de hasta una cuarta parte de aquella prevista para la conducta dolosa, así lo dispone el artículo 60 del CPF:

En los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquéllos para los que la ley señale una pena específica. Además, se impondrá, en su caso, suspensión hasta de tres años de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso.

Dentro de dicho rango, la pena se graduará en atención a las circunstancias de tiempo, modo y ocasión del hecho, además de las circunstancias personales del autor. En este sentido podemos citar el siguiente criterio jurisprudencial:

IMPRUDENCIA, DELITOS POR. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA.

La mayor o menor gravedad de la imprudencia es factor básico para individualizar la pena que se aplique a los responsables de los delitos culposos.

Sexta Época:

Amparo directo 6119/57. Dionisio Guzmán Pineda y coags. 26 de marzo de 1958. Cinco votos.

Amparo directo 6544/58. Alejandro Reyes Guzmán. 16 de abril de 1959. Cinco votos.

¹⁶⁷ Tesis 175, *Apéndice de 1995*, Sexta Época, Primera Sala, t. II, parte SCJN, p. 100.

Amparo directo 5525/59. Ramón Ozuna Mayorga. 25 de noviembre de 1959. Cinco votos.

Amparo directo 684/60. Baltazar Trujillo Herrera. 1o. de julio de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 889/62. Marcelino Sánchez Oramas. 11 de julio de 1962. Cinco votos.¹⁶⁸

Debemos aclarar que no se debe acumular penas por número de violaciones de normas en un mismo hecho, pues ello solo nos servirá para graduar la pena entre el mínimo y el máximo de la cuarta parte de pena prevista para el delito doloso, pues de lo contrario se violaría el principio *non bis in idem*. En el mismo sentido, encontramos la siguiente tesis jurisprudencial:

IMPRUDENCIA, DELITOS POR. ACUMULACIÓN IMPROCEDENTE.

Tratándose de delitos culposos causados con un solo acto o con una omisión, en que violan varias disposiciones penales, no opera el principio de acumulación para los efectos de la aplicación de la pena, en atención a que el artículo 60 del Código Penal Federal establece una pena especial a los delitos de imprudencia.

Séptima Época:

Amparo directo 7685/60. Gabriel García Laris. 23 de marzo de 1961. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 1180/61. Felipe Chávez Herrera. 21 de junio de 1961. Cinco votos.

Amparo directo 6512/63. Fausto Bautista Muñoz. 7 de diciembre de 1964. Cinco votos.

Amparo directo 85/73. Enrique Sánchez Ponce. 5 de julio de 1973. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 1488/73. Carlos Gómez Díaz. 6 de septiembre de 1973. Unanimidad de cuatro votos.¹⁶⁹

Uno de los puntos más importantes de la reforma al sistema de justicia penal de 2008 radicarán en la solución extrapenal que se podrá alcanzar en los delitos imprudentes o por culpa —siempre y cuando el imputado no hubiere actuado en estado de ebriedad—; nos referimos a los medios alternativos de terminación del proceso, a través de los cuales se puede llegar a evitar el proceso penal por medio de un acuerdo reparatorio entre las partes (artículo 187, fracción II, del CNPP). En este sentido, el criterio de oportunidad previsto en el artículo 256, párrafo segundo, fracción II, del CNPP, podrá operar dando lugar a que el Ministerio Público prescinda de la persecución penal (artículo 257 del CNPP).

La solución que se da en estos casos significa el desahogo de una gran cantidad de asuntos que antes tenían forzosamente que llegar a juicio, y si a ello se le suma que la mayoría de asuntos que se ventilaban en los juzgados eran

¹⁶⁸ Tesis 178, *Apéndice de 1995*, Sexta Época, Primera Sala, t. II, parte SCJN, p. 102.

¹⁶⁹ Tesis 174, *Apéndice de 1995*, Séptima Época, Primera Sala, t. II, parte SCJN, p. 100.

por delitos imprudentes, entonces se pueden comprender los motivos del legislador para impulsar a nivel nacional el cambio de paradigma en el sistema de justicia penal, puesto que gracias a la oralidad como principio rector, entre otros no menos importantes, se prevé una reducción significativa de la carga laboral en los juzgados penales, cuyos titulares concentrarán más su atención en la resolución de delitos dolosos. Con esta medida político-criminal no solo se obtiene una solución práctica para mejorar el funcionamiento del sistema de justicia penal, sino que también se alcanzan mejores soluciones para la víctima y se cumple con el principio de *ultima ratio* que guía al moderno derecho penal, propio de los Estados sociales y de derecho, en los cuales solo se sancionan penalmente aquellas conductas que implican un grave desvalor del hecho y del resultado y, en este sentido, cuando el hecho imprudente no contiene significativos desvalores de conducta ni de resultado, entonces es conveniente sacarlos de los terrenos del derecho penal para solucionarlos por otros medios menos dañinos.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Quintero Olivares, *Parte general del derecho...*, cit., esp. pp. 344 y 345.

CAPÍTULO QUINTO

CAUSAS DE ATIPICIDAD

Las causas de atipicidad implican que la conducta no es típica y, por tanto, es lícita. En este sentido, no se debe confundir a las causas de atipicidad con las causas de justificación, porque las primeras excluyen la prohibición debido a que falta alguno de los tres elementos de la conducta típica: objetivo, normativo o subjetivo, al paso que en las segundas, la conducta sigue siendo prohibida en general, pero las especiales circunstancias que concurren en el hecho ilícito dan lugar a su justificación.

Debemos recordar que solo después de analizar los tres elementos de la conducta típica podremos determinar su atipicidad, pues la valoración de solo uno o dos elementos podría llevarnos a juicios equivocados de exclusión de la prohibición.

Aunque todo parecería indicar que la atipicidad de la conducta solo se puede fundamentar en la fracción II del artículo 15 del CPF, nosotros consideramos que hay varias fracciones que generan dicha atipicidad y, en consecuencia, la exclusión del delito, a saber:

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

- I. El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;
 - II. Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate;
 - VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;
 - A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o
 - B)...
- Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;
- X. El resultado típico se produce por caso fortuito.

A continuación expondremos y ejemplificaremos qué elemento de la conducta típica queda excluido con cada una de las citadas fracciones.

I. EXCLUSIÓN DEL ELEMENTO OBJETIVO

El binomio conducta y resultado unidos por el nexo causal característico de los delitos de acción, nos proporciona dos grandes criterios para determinar la atipicidad de la conducta: falta de acción y falta del nexo causal o del resultado.

1. POR FALTA DE ACCIÓN

La conducta puede quedar excluida porque simplemente no existió o porque es anulada por ser involuntaria. Estaríamos en la primera hipótesis, por ejemplo, cuando no fue el sujeto activo quien causó el resultado, sino un tercero con el cual ni siquiera participó o cooperó para su comisión; esta afirmación será válida para las conductas de acción, pero no en las de omisión, ya que el nexo causal será sustituido por el nexo de imputación normativa a que anteriormente ya hicimos alusión.

También quedará anulado el elemento objetivo de la conducta típica cuando haya ausencia de voluntad, es decir, cuando el sujeto activo no tenía el dominio físico de su cuerpo; este supuesto es el contenido de la fracción I del artículo 15 del CPF. Pese a que dicho precepto no enumera cuáles son las causas por las cuales el sujeto pierde el control sobre su cuerpo y funciona como si fuera una masa mecánica,¹⁷¹ la doctrina y la jurisprudencia han identificado como causas de ausencia de voluntad: la fuerza física externa (*vis absoluta* y *vis mayor*), actos reflejos, hipnosis, sonambulismo y crisis epilépticas.¹⁷²

A. Fuerza física irresistible

La fuerza física irresistible puede tener dos modalidades: *vis absoluta* y *vis mayor*.

a. *Vis absoluta*

En los supuestos de *vis absoluta* un hombre impone su fuerza física a otro y anula su posibilidad para dominar su movimiento; por ejemplo, si Juan empuja a Domiro contra el cristal de un aparador y lo rompe. Aunque Domiro fue quien rompió el cristal al impactarlo con su cuerpo, su conducta no se puede considerar voluntaria, ya que Juan anuló su facultad para autodeterminar su movimiento corporal.¹⁷³ De ahí que la conducta de Domiro fue involuntaria y, en consecuencia, no pueda ser considerada como típica del delito de daños. Sin embargo, el delito sigue subsistiendo, pero el probable responsable será Juan.

En el mismo razonamiento, exponemos otro ejemplo: una multitud espera la llegada de los vagones del metro, y ante la proximidad del tren empiezan a empujarse unos a otros, por lo cual Guillermo empuja a Elena y ella a su vez a Luis, quien cae a las vías y muere al ser arrollado por el *convoy*.

¹⁷¹ Cfr. Roxin, *Derecho penal...*, cit., p. 261.

¹⁷² Para un desarrollo extenso, cfr. *ibidem*, pp. 258-265.

¹⁷³ Cfr. Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., 3a. ed., p. 185; Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal. Parte general*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1998, t. III, pp. 136 y 137; Kühl, Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, Verlag Franz Vahlen, 1994, pp. 12 y 13.

Aunque Elena fue quien provocó la caída y muerte de Luis, su conducta fue involuntaria por una *vis absoluta*, quedando excluida la conducta típica y, en consecuencia, el delito de homicidio y su responsabilidad penal. No obstante, las investigaciones deberán continuar para determinar si Guillermo realizó voluntariamente el movimiento de empujar, en cuyo caso se podrán confirmar los elementos objetivos de la conducta típica de homicidio y podremos proseguir con el análisis; recordemos que en este punto apenas habremos superado el primer elemento y falta mucho por analizar para determinar si Guillermo cometió el delito de homicidio.

Un suceso más: en la ciudad de León, Guanajuato, el automovilista "A" detuvo su marcha al observar el alto del semáforo, ubicado en la intersección del boulevard Adolfo López Mateos y 5 de Mayo, colocó la palanca de velocidades en *neutral* sin accionar el pedal del freno porque la topografía del terreno es totalmente plana, pero un instante después fue impactado por detrás por el automóvil conducido por "B", cuyo conductor se distrajo con su teléfono celular e ignoró la luz roja del semáforo, impulsando fuertemente el auto de "A" contra una señora de sesenta años que cruzaba en ese momento por la zona peatonal. Las lesiones producidas causaron posteriormente la muerte de la mujer.

En el hecho anterior queda claro que está anulada la voluntad del conductor "A" por una *vis absoluta* proveniente de la conducta del conductor "B". Sin embargo, en este caso, el Ministerio Público solicitó injustamente la orden de aprehensión en contra del conductor "A" como probable responsable del delito de homicidio.

b. *Vis mayor*

Estamos en presencia de una fuerza irresistible de *vis mayor* cuando el movimiento del hombre está determinado por una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza: ciclón tropical, terremoto, aluvión, etcétera. Así, por ejemplo, si Archivaldo lleva cargando un espejo muy valioso y pierde el equilibrio a causa de un movimiento telúrico intenso, y debido a ello se cae y se rompe el objeto, podemos sostener que la conducta de Archivaldo es involuntaria por una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza, quedando excluido el delito de daños y su responsabilidad penal.

Un suceso real de *vis mayor*. En el tramo carretero denominado Tenango de Doria en San Bartolo Tutotepec, José J. conducía un vehículo Jetta a 60 km/h, llovía con gran intensidad y existía poca visibilidad por la neblina, de pronto se desgajó parte del cerro e impactó la parte derecha del vehículo, proyectándolo contra Conchita N., quien iba caminando en la orilla de la carretera, causándole severas lesiones que culminaron con su muerte. En dicho caso, la conducta de José J. no es voluntaria por estar anulada por una *vis mayor* (fuerza física

irresistible proveniente de la naturaleza), por lo cual queda excluida la conducta típica, el delito y la responsabilidad penal.

Otro caso. Aproximadamente a las 19:00 horas del 23 de enero de 2003, Juan L. conducía un Volkswagen sedán a 30 km/h sobre la calle México de la ciudad de Dolores Hidalgo, Guanajuato, cuando sobrevino un sismo que le hizo perder el control, impactándose contra una camioneta Ford Escape 2003, causándole daños en el costado izquierdo. El dueño de la camioneta, Fernando M. denunció a Juan L. por el delito de daño en propiedad ajena. Sin embargo, este también es un supuesto de ausencia de voluntad por una *vis mayor*, que excluye la conducta, el delito de daños en propiedad ajena y la responsabilidad penal, aunque subsiste la responsabilidad civil de Juan.

B. Movimientos reflejos

En los supuestos de movimientos reflejos, el sujeto responde ante un estímulo externo sin que pueda controlar su reacción; en otras palabras: "son procesos en que el impulso externo actúa por vía subcortical, periférica, pasando directamente de un centro sensorio a un centro motor. Todo ello sin intervención primaria de la conciencia",¹⁷⁴ como sucede cuando el médico golpea al paciente con un pequeño martillo en la rodilla generando que estire la pierna, reacción que se debe a la estimulación de los nervios motrices, sin que el sujeto haya podido determinar el movimiento.¹⁷⁵

Desde nuestro punto de vista, podemos comprobar si estamos o no ante un movimiento reflejo si valoramos el hecho desde una perspectiva *ex ante* y *ex post a sabiendas*, es decir, debemos colocarnos hipotéticamente en la situación del sujeto antes del hecho y, sin variar ninguna de las circunstancias fundamentales, determinar si sabiendo lo que va a suceder podríamos evitar o no la reacción posterior, solo en el último supuesto estaríamos ante un movimiento reflejo.

Conforme a lo anterior, un ejemplo. En Alemania, una mosca entró por la ventanilla del conductor de un vehículo incrustándose en su ojo; el sujeto realizó un movimiento brusco de defensa con la mano derecha, pero al mismo tiempo movió la mano izquierda y giró el volante, pasando al carril contrario donde chocó contra otro coche que venía de frente, provocando daños y lesiones (OLG Hamm NJW 1975, 657). Varios autores discutieron si este era un supuesto de movimiento reflejo, pero el Tribunal Supremo Alemán sostuvo que el movimiento de defensa para ahuyentar a la mosca supone una reacción psicológica que guía el movimiento motriz y, por tanto, no se trata de un movi-

¹⁷⁴ Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., 3a. ed., p. 190.

¹⁷⁵ Cfr. Kühl, *op. cit.*, p. 13.

miento reflejo como lo sería, en cambio, cerrar el ojo.¹⁷⁶ A la misma conclusión podemos llegar con el criterio que hemos propuesto, pues si nos colocamos en la situación del sujeto antes del golpe, al saber que la mosca se va a impactar podremos evitar el movimiento de intentar pegarle con la mano, pero jamás evitaremos cerrar el ojo, por ello solo este último es un movimiento reflejo que anula la voluntad de la conducta.

Conforme a lo antes expuesto, podemos diferenciar el *movimiento reflejo*, en el cual está ausente la voluntad, dado que el sujeto está imposibilitado para controlar su cuerpo o determinar su movimiento muscular, de las *reacciones impulsivas por una situación inesperada*, porque en estas últimas sí hay una decisión de realizar el movimiento y, aunque esta se toma en fracción de segundos, libremente se ejecuta la orden enviada por el cerebro al cuerpo. Por las mismas razones se considera que las acciones automatizadas, como el caminar o cambiar las velocidades al conducir un automóvil, son voluntarias debido a que los nervios motores están influidos por la psique del sujeto.¹⁷⁷

Así, en septiembre de 1999, en el pueblo de Progreso de Obregón, Hidalgo, Lucero A. estaba en compañía de su hija Jessica O. de cuatro años de edad, puso a hervir cuatro litros de leche y antes de salir a su trabajo, apagó la estufa dejando el recipiente con la leche hirviendo sobre la mesa; en ese momento llegó Guadalupe H., quien hacía labores domésticas y cuidaba de la niña. Lucero salió sin avisarle a Guadalupe del recipiente caliente, esta última inició sus labores y sentó a Jessica para servir el desayuno, pero al intentar cargar el recipiente con la leche para quitarlo de la mesa, se quemó las manos y soltó el recipiente, cayendo el líquido en la cara y mano izquierda de la niña, causándole lesiones de segundo grado. Tomando en consideración que Guadalupe no tenía conocimiento de la temperatura del recipiente con leche, podemos sostener que su conducta fue involuntaria por un movimiento reflejo, pues desde una perspectiva *ex ante* solo si supiéramos que el recipiente está caliente evitaríamos agarrarlo, pero si no lo sabemos y cuando lo levantamos sentimos que se nos queman las manos ¡cualquiera lo soltaría! De ahí que la conducta de Guadalupe es involuntaria por un movimiento reflejo. Aunque, cabe decir, quien generó el riesgo fue Lucero A., cuya conducta típica podemos analizar y resolver en el elemento normativo.

C. Hipnosis

En los supuestos de hipnosis el sujeto actúa aparentemente despierto (*trance*) obedeciendo las órdenes del hipnotizador. Se dice que “en tales estados

¹⁷⁶ Cfr. Eser, Albin y Burkhardt, Björn, *Derecho penal (cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias)*, trad. de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Malia, Madrid, Colex, 1995, pp. 69-101.

¹⁷⁷ Cfr. Roxin, *Derecho penal...*, cit., pp. 261 y 262.

nos restan en una zona de penumbra respecto de la participación o injerencia que en ellos tienen los centros altos".¹⁷⁸

Aunque científicamente es cuestionada su credibilidad, y su aplicación está dirigida básicamente a tratamientos terapéuticos para dejar de fumar,¹⁷⁹ si estuviéramos ante un supuesto en el que el hipnotizador ordena al hipnotizado que prive de la vida a determinada persona, primero tendríamos que demostrar científicamente que el hipnotizado efectivamente estaba en *trance* al momento de ejecutar las órdenes o sugerencias del hipnotizador, solo entonces quedaría anulada la voluntad de la conducta del hipnotizado y se atribuiría el resultado de muerte al hipnotizador. Por supuesto, la excluyente quedará sin efecto si el hipnotizado acordó previamente con el hipnotizador el colocarse en *trance* para poder realizar el hecho, ya que conscientemente no tendría valor para hacerlo, o si el hipnotizador solo hizo sugerencias ambiguas que no se pueden considerar como verdaderas órdenes.

De esta guisa, María L. estaba casada con Pedro R., tenían dos hijos y una amiga común: Yolanda S., quien se convirtió en amante de Pedro y estaba dispuesta a no dejarlo. Ante tal situación, María pidió a su hermana Aura, psicóloga de profesión, que hipnotizara a Pedro y le ordenara matar a Yolanda. Pedro acudió a una sesión terapéutica con su cuñada sin saber que en realidad iba a ser hipnotizado. Al salir del consultorio, Pedro se dirigió al domicilio de Yolanda, tocó la puerta, ella salió, le sonrió, lo invitó a pasar y ya en el interior se besaron y estaban teniendo relaciones sexuales, cuando repentinamente Pedro comenzó a golpearla con la base de acero de una lámpara que estaba sobre el buró, lesionando la parte occipital del cráneo y causándole la muerte. Pedro fue absuelto debido a que se pudo demostrar que su conciencia estaba anulada por la hipnosis y por tanto su conducta fue involuntaria. Lamentablemente no se prosiguió con la investigación y, por ende, ni con el proceso penal contra las dos hermanas.

A conclusión distinta se llegó en el caso del policía Antonio G., quien acudió con el psiquiatra Zaldívar, para ser sometido a una nueva técnica de hipnosis para ayudarlo a superar su crisis maniaco depresiva. Una vez concluida la terapia, el policía se dirigió a la casa de su vecino y le disparó un par de veces en el pecho, causándole de inmediato la muerte. La defensa argumentó que se trataba de una conducta involuntaria por hipnosis, pero la mayoría de los peritos consideraron que el policía no actuó bajo los efectos de la hipnosis, debido a que una vez consumado el acto trató de esconder el arma homicida y enseguida huyó, lo cual demostraba que estaba plenamente consciente al momento de realizar el hecho y, además, tampoco se pudo acreditar que el hipnotizador le hubiera dado la orden de matar. Cabe señalar que en este caso

¹⁷⁸ Zaffaroni, *Tratado...*, cit., p. 154.

¹⁷⁹ Cfr. <http://es.wikipedia.org/wiki/Hipnosis>.

el punto más importante de análisis no radicaba en la voluntad de la conducta, sino en las crisis maniaco depresivas del policía, lo cual se realiza en la culpabilidad y ya veremos los efectos que puede tener.

D. Sonambulismo

El sonámbulo desarrolla actividades motoras automáticas (inconscientes) que pueden ser sencillas o complejas, sobre todo quienes padecen “terrores nocturnos” pueden realizar actos que lesionen gravemente bienes jurídicos fundamentales. Aún no se puede determinar las causas que lo provocan ni el tratamiento eficaz para eliminarlo, por lo cual no se considera como un trastorno mental,¹⁸⁰ pero como el sonámbulo no tiene consciencia de su actuar, su voluntad está anulada al momento de producir el resultado y se excluye el delito.

Al respecto, en el Municipio de Acatlán Hidalgo, la señora Martha S. albergó a su sobrino Marcos A. y se percató que este amanecía recostado en diferentes partes de la casa, sin poder explicar por qué lo hacía. Pasados quince días de la llegada de su sobrino, Martha S. buscó en la vitrina donde guardaba dinero y se dio cuenta que faltaban \$15,000.00 pesos, por lo cual preguntó a sus hijos y a su sobrino si los habían tomado, pero todos contestaron negativamente. Martha S. denunció los hechos, los cuales fueron considerados como robo calificado en casa habitación. Durante la noche de ese mismo día, Martha S. escuchó ruidos en el comedor de su casa, pidió ayuda a sus hijos, bajaron y vieron a Marcos A. abriendo el cajón de la vitrina donde se encontraba el dinero restante. Pero al preguntarle por su proceder, este no contestaba, por lo cual llamaron a la policía, lo detuvieron y al buscar entre sus pertenencias, encontraron en su maleta el dinero que faltaba. En este caso se pudo demostrar con la testimonial de la madre de Marcos A. y con peritajes que era sonámbulo, por lo cual se le absolvió, ya que al sustraer el dinero lo hizo involuntariamente, quedando anulada la conducta y se excluyó el delito de robo calificado.

E. Epilepsia

Durante el aura de los ataques epilépticos la persona pierde la conciencia, y por ello un sector de la doctrina y en varias tesis de la jurisprudencia mexicanas se considera como una alteración síquica que excluye la imputabilidad y, por tanto, su análisis corresponde a la culpabilidad.¹⁸¹ Sin embargo, para no-

¹⁸⁰ Cfr. <http://es.wikipedia.org/wiki/Sonambulismo>.

¹⁸¹ En este sentido, cfr. Zugaldía Espinar *et al.*, *op. cit.*, esp. pp. 631-635.

Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Primera Sala, vol. XXIV, segunda parte, p. 1279: “TRASTORNO MENTAL COMO EXCLUYENTE. La inimputabilidad sólo opera cuando el delito y su resultado dañoso se producen durante el ataque epiléptico mismo, o en la llamada ‘aura epiléptica’”.

sotros, como también para autores como Franz von Liszt,¹⁸² Jescheck y Roxin, se trata de una excluyente de la voluntad de la conducta, dado que el sujeto pierde el dominio sobre su cuerpo.

Un ejemplo de lo anterior sería cuando un epiléptico, quien tomaba regularmente los medicamentos prescritos por el médico para evitar las crisis, se encontraba en la sala de un museo de la ciudad de México, la cual estaba iluminada por un sinnúmero de velas, repentinamente sufrió un ataque, cayó y tiró las velas provocando un incendio que dañó varias de las obras de arte y el inmueble. Como hemos sostenido, el sujeto no podía dominar su movimiento corporal, por lo que su voluntad estaba anulada y, por ende, se excluye la conducta típica y el delito de daños.

En otro suceso, un chofer que sufría crisis epilépticas y no había ingerido durante dos meses los medicamentos prescritos por el médico para evitarla, conducía un camión de carga por la lateral del anillo periférico, momento en el cual sufrió la crisis, perdió la conciencia y chocó con otro vehículo causando daños y lesiones a la conductora. En este supuesto juega un papel importante nuestra propuesta de análisis de los tres elementos de la conducta típica: objetivos, normativos y subjetivos. Objetivamente la conducta es involuntaria, pero como veremos, normativamente el chofer violó deberes específicos de cuidado que le prohibían manejar por su estado de salud (elemento normativo: imputación), y la probabilidad de provocar el accidente se elevó muchísimo al no tomar por tanto tiempo los medicamentos (elemento subjetivo: dolo eventual), por lo cual la conducta típica de lesiones y daños se mantiene.

2. POR FALTA DE NEXO CAUSAL Y RESULTADO

El conocido refrán *¡Las apariencias engañan!* nos indica que nuestros sentidos se pueden equivocar al apreciar algo, y ello sucede muchas veces con los testigos de un hecho, sobre todo en delitos de alto impacto, pues resulta muy difícil encontrar la objetividad que se requiere en un proceso penal acusatorio. Por ello hemos insistido en que no basta con que el testigo señale al acusado como aquel que causó el resultado, sino que es necesario respaldar su dicho con pruebas científicas o periciales. En más de una ocasión se ha comprobado que el acusado no fue quien disparó el arma cuya bala provocó la muerte de la víctima, sino que fue otro, o que con las pruebas de ADN se demuestre que quien impuso la cópula fue una persona distinta al imputado. Por ello, la falta

Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Primera Sala, vol. XXI, segunda parte, p. 217: "EPILEPSIA - AUSENCIA DE VOLUNTAD O EXCLUYENTE DE CULPABILIDAD. TRASTORNO MENTAL COMO EXCLUYENTE EPILEPSIA. La epilepsia figura entre las causas de inimputabilidad cuando el ataque mismo provoca el daño o este resultado se registra durante el aura epiléptica".

¹⁸² Cfr. Liszt, Franz von, *Tratado de derecho penal*, trad. de Luis Jiménez de Asúa, 3a. ed., Madrid, Reus, t. II, p. 297.

de nexo causal entre la acción y el resultado dará lugar a la exclusión de la conducta típica, salvo en aquellos supuestos de omisión en los que podemos imputar normativamente el resultado a la conducta del autor.

También la falta de resultado excluye la conducta típica consumada. Ello queda muy claro en casos de homicidio en los que se demuestra que el sujeto pasivo sigue vivo, lo cual, por absurdo que parezca, ha ocurrido en procesos penales en los que a partir de presunciones se condenó al acusado y después se localizó viva a la presunta víctima. En el mismo sentido, no puede haber violación consumada si no hubo cópula ni lesiones realizadas, sin alteración a la salud. En todos estos supuestos sigue siendo aplicable la fracción II del artículo 15 del CPF.

II. EXCLUSIÓN DEL ELEMENTO NORMATIVO

La atipicidad por falta de elementos normativos se puede derivar de la ausencia del elemento normativo cultural requerido por el tipo. Al efecto recordemos que no se puede configurar la conducta típica de corrupción de personas menores de dieciocho años cuando la imagen difundida no es considerada pornográfica, o que no se integra la conducta típica del hostigamiento sexual cuando las manifestaciones del sujeto activo no se pueden considerar como un asedio.

Asimismo, la falta del elemento normativo jurídico expreso, como la ausencia de la ajeneidad de la cosa, excluirá la conducta típica de robo, que ocurre, por ejemplo, cuando me llevo el auto que acabo de comprar. Tampoco el incremento patrimonial inexplicable de un particular se podrá encuadrar en el tipo de enriquecimiento ilícito, dado que falta la calidad de servidor público.

Un poco más complicado será la determinación de la exclusión de la conducta del tipo por ausencia de los elementos jurídicos implícitos, en los que la conducta está fuera del sentido de la prohibición de la norma, como ocurrió en el caso del arquitecto que cruzó la frontera con un cheque por cuarenta mil dólares sin declararlo y que fue procesado por el delito de contrabando asimilado. De igual forma, debemos recordar todos los criterios para determinar si se puede o no imputar un resultado a la conducta de acción y sobre todo de omisión. En este punto conviene repasar todo lo expuesto en dicho apartado.

Por lo tanto, será atípica la conducta del particular que se enriquece sin poder acreditar la licitud de su incremento patrimonial porque el tipo requiere la calidad de servidor público para su integración, de ahí que falte un elemento normativo jurídico expreso del bien mueble.

La exclusión de la conducta típica por la falta de los elementos normativos hasta aquí expuestos también se encuadra en lo previsto en la fracción II del artículo 15 del CPF como causa excluyente del delito.

¿EXCLUSIÓN DE LA IMPRUDENCIA?

Si concluimos que la imprudencia no se sustenta en un componente subjetivo, como la representación o la falta de previsión, sino en la violación del deber de cuidado, entonces la consecuencia metodológica será considerar que el título de comisión de la conducta imprudente se excluye por cuestiones de índole puramente normativa.

La primera causa por la cual se excluye la conducta típica de su comisión imprudente se da cuando el comportamiento no acepta dicho título de comisión, lo cual ocurre cuando el delito no está en el listado del párrafo segundo del artículo 60 del CPF.

La segunda causa de exclusión se generará cuando no podemos fundamentar legalmente el deber que violó el sujeto al cual le queremos atribuir el resultado sea por acción u omisión. En efecto, se contraviene el mandato de legalidad cuando el deber no está previsto en la ley y se inventa uno para sustentar la responsabilidad penal por imprudencia; lo mismo ocurrirá cuando exista el deber, pero no se ponga de manifiesto en el acto de autoridad, sobre todo el que emita el Ministerio Público o en la resolución del juez, ya que no es suficiente una referencia genérica del ordenamiento violado, sino la cita específica de los artículos que contemplan el deber que debía observar el sujeto y que fundamentan su obrar imprudente. De tal suerte que en un accidente de tránsito será insuficiente señalar que el acusado violó el Reglamento de Tránsito, pues será indispensable mencionar cuáles fueron los artículos que contienen los deberes contravenidos por el conductor.

Lo antes expuesto nos lleva a considerar que en estos supuestos también se aplica la fracción II del artículo 15 del CPF.

III. EXCLUSIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO

Según hemos visto, los elementos subjetivos del tipo se dividen en dos grandes apartados: específicos y genéricos.

1. FALTA DE ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECÍFICOS

Como hemos señalado, determinados tipos requieren para su integración de específicos ánimos, fines o intenciones, cuya ausencia excluye la tipicidad de la conducta. Por tal motivo, si el jefe que asediaba a su secretaria no tenía fines lascivos (sexuales), porque su conducta tenía como finalidad levantarle el ánimo e incrementar su productividad, entonces su conducta no podrá encuadrarse en el tipo de hostigamiento sexual del artículo 259 bis del CPF.

En el mismo sentido, si una persona vende a otra un reloj con el logotipo de la marca *Rolux* por la cantidad de trescientos pesos, quien lo compró no ha sido defraudado porque un reloj original de esa marca costaría, cuando menos, cien veces más, por lo cual no pudo existir el ánimo de lucro en el vendedor, y de ahí la falta del elemento subjetivo específico requerido por el tipo de fraude y la atipicidad de la conducta.

Sobre la exclusión de la tipicidad de la conducta de fraude cuando falta el ánimo de lucro, podemos citar el siguiente criterio jurisprudencial:

FRAUDE ESPECÍFICO PREVISTO POR EL ARTÍCULO 387, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, PARA SU CONFIGURACIÓN ES NECESARIO QUE MEDIANTE EL SEÑALAMIENTO DE BIENES PARA SU EMBARGO, SE OBTENGA UN LUCRO.

Para que se configure el tipo específico de fraude que prevé el artículo 387, fracción II, del Código Penal Federal, se requiere que se demuestren todos sus elementos, a saber: a) Que el sujeto activo enajene, arriende, hipoteque, empeñe o grave de cualquier otro modo alguna cosa con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella; b) Que esa enajenación tenga el carácter de onerosa; y c) Que se reciba el precio, el alquiler, la cantidad en que se gravó, parte de ellos o un lucro equivalente. El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la ejecutoria de la cual emergió la jurisprudencia P./J. 66/97, de rubro: "EMBARGO JUDICIAL. ES UNA MEDIDA CAUTELAR QUE NO IMPLICA UNA PRIVACIÓN DEFINITIVA DE DERECHOS POR LO QUE, PARA LA EMISIÓN DEL AUTO RELATIVO, NO RIGE LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA", establece entre otras cosas, que el embargo judicial tiene por objeto la afectación de un bien del deudor para garantizar el pago de un crédito, que se realiza a través de la ejecución de la orden judicial respectiva, sin que ello implique una privación de la propiedad del ejecutado, ni la constitución de un derecho real a favor del acreedor, quien no tiene ningún poder sobre la cosa embargada, e inclusive, su naturaleza es provisional. De donde se sigue que, si mediante ese acto jurídico no se concreta la enajenación, el arrendamiento, la hipoteca, el empeño del bien señalado para su embargo, ni se recibió el precio, parte de él, ni se obtuvo un lucro equivalente, tampoco puede sostenerse que ese solo señalamiento sea con carácter oneroso; en tales condiciones, es innegable que cuando el sujeto activo se limita a señalar para su embargo bienes que no le pertenecen, en los cuales el actuario trabó embargo, en un juicio seguido en su contra, no se materializan los dos últimos elementos fácticos del delito de fraude específico.

TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEL CENTRO AUXILIAR DE LA SEXTA REGIÓN. Amparo en revisión 807/2010. 14 de diciembre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Ramiro Rodríguez Pérez. Secretario: Cresenciano Muñoz Gaytán.

NOTA: La jurisprudencia P./J. 66/97 citada, aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo VI, septiembre de 1997, página 67.¹⁸³

¹⁸³ Tesis XVII (VI Región) 2 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, mayo de 2011, p. 1153.

Además de la ausencia de los elementos subjetivos específicos que excluyen el elemento subjetivo de la conducta típica, también genera tal efecto la ausencia de dolo, lo cual ocurre en los llamados supuestos de error de tipo, y de este tema nos ocuparemos a continuación.

2. AUSENCIA DE ELEMENTOS SUBJETIVOS GENÉRICOS

A. Error de tipo

Si el aspecto cognitivo del dolo se conforma con el conocimiento de las circunstancias en las que el sujeto realiza su conducta típica, entonces la falsa percepción de alguna de las circunstancias esenciales de esa realidad da lugar al error de tipo.

La percepción errónea puede recaer sobre alguno de los elementos objetivos de la conducta típica o sobre alguno de los elementos normativos. Recordemos que los primeros son aquellos que se perciben a través de los sentidos, porque se manifiestan en el mundo real, mientras que los elementos normativos solo se pueden identificar a través de una comprensión intelectual.¹⁸⁴

Así, por ejemplo, quien al ir de caza ve una sombra muy grande similar a la de un oso y dispara privando de la vida a quien en realidad era un ser humano, tuvo una falsa percepción de un elemento objetivo en el momento de realizar su conducta. Por esta razón, el error sobre los elementos objetivos se podría identificar más rápidamente si utilizáramos la antigua denominación de error de hecho (*error facti*), porque el sujeto se equivoca sobre los hechos que sus sentidos perciben. Sin embargo, es preferible evitar esa denominación, porque el tipo también se conforma con elementos normativos que requieren de una valoración cultural o jurídica que es imperceptible a través de los sentidos y, en consecuencia, no pueden ser considerados como hechos, sino incluso se pueden considerar como errores de derecho cuando recae sobre un elemento normativo jurídico. De ahí que sea más adecuado acudir a la denominación de error de tipo con el fin de evitar posibles confusiones terminológicas.¹⁸⁵

La falsa comprensión intelectual de un elemento normativo se puede apreciar en el supuesto de la persona que entra en una casa para habitarla, creyendo que se la compró al legítimo propietario, cuando en realidad el vendedor era un impostor, por lo cual el comprador defraudado actuó bajo un error sobre el elemento normativo "ajeneidad", porque él pensaba que la casa era

¹⁸⁴ Cfr. Roxin, *Derecho penal...*, cit., p. 460; Puppe, *op. cit.*, pp. 90-92.

¹⁸⁵ Sobre este debate, cfr. Bacigalupo Zapater, Enrique, *Tipo y error*, 2a. ed., Buenos Aires, Argentina, Hammurabi, 1988, esp. pp. 42 y ss.; Kindhäuser, Urs, "Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho", en Frisch, Wolfgang et al., *El error en el derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, esp. pp. 139-163; Puppe, *op. cit.*, esp. pp. 87-138; Liszt, *Tratado...*, cit., t. II, esp. pp. 418 y 419.

suya, y, en consecuencia, aunque los hechos se encuadran en la descripción típica de allanamiento de morada, el error del sujeto sobre un elemento normativo excluye el dolo del autor. De igual forma, cuando un estudiante universitario se lleva una mochila muy parecida a la suya siendo que era de otro, estará obrando bajo un error de tipo sobre el elemento normativo denominado ajeneidad.

Lo antes dicho se puede aplicar a lo ocurrido el 18 de febrero de 2002 en la ciudad de Pachuca Hidalgo, donde Ángel B. escuchó ruidos provenientes de la calle, se asomó y se percató de que en el interior de su vehículo Grand Marquis había un sujeto, por lo que inmediatamente avisó a la caseta de vigilancia del fraccionamiento, procediendo los elementos de seguridad pública estatal a detener a Daniel Z., quien manifestó su asombro afirmando que el coche era suyo, pero lo que no sabía es que su coche, de características muy similares, se encontraba estacionado más adelante. En este supuesto no es que Daniel tuviera una falsa percepción sobre las características materiales del auto (marca, modelo, color, etcétera), ni que le faltara la intención de llevarse el vehículo, sino que su equivocación recaía en la propiedad del vehículo (elemento normativo jurídico), lo cual está previsto como excluyente del elemento subjetivo del tipo en el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 del CPF. Empero, se podría argumentar que las circunstancias del hecho le permitían darse cuenta de la verdad, centrándose el debate en determinar en el interrogante ¿podía o no darse cuenta de lo que sucedía atendiendo a las circunstancias que concurrían al momento de actuar? La respuesta a dicha pregunta nos permitirá diferenciar dos clases de error de tipo: invencible y vencible.

a. Clases

i. *Invencible y vencible*

El error de tipo puede ser invencible o vencible. En el primero, el sujeto no habría podido salir de su error ni aunque hubiese puesto su mayor diligencia y atención al actuar. Conforme a lo dispuesto en el inciso a), fracción VIII, del artículo 15 del CPF, el error de tipo invencible no solo elimina el dolo, sino también la culpa, eliminando el elemento subjetivo de la conducta típica y, en consecuencia, excluyendo el delito por atipicidad de la conducta, pues recordemos que el artículo 8o. del CPF solo considera como conductas delictivas las cometidas dolosa o culposamente, y como la conducta realizada bajo un error de tipo invencible no puede revestir ninguno de esos títulos de comisión, tendría que quedar fuera de lo prohibido y sería impune.

Pero si con un mínimo de atención el sujeto hubiese salido de su equivocación y darse cuenta de lo que realmente sucedía, entonces estaremos en los

terrenos del error de tipo vencible, el cual elimina el dolo, pero deja subsistente la imprudencia, que se sustenta en la falta de diligencia al actuar; pero faltará verificar si dicha conducta acepta su tipicidad imprudente, para lo cual tendremos que acudir al listado del *numerus clausus*, pues en caso de que la conducta no sea de las que están allí contempladas, tampoco podremos sostener su tipicidad, según se fundamenta en los artículos 15, fracción VIII, inciso a) y su párrafo final, 66 y 60, párrafo 2o., todos del CPF. Recordemos que la conducta será atípica si no está prevista en el último precepto citado.

Cabe adelantar que la creencia errónea de obrar justificadamente o lícitamente se analiza en la culpabilidad y su fundamento se encuentra en el inciso b) del artículo 15 del CPF, lo cual será materia de análisis más adelante.

Con las aclaraciones realizadas en torno al error de tipo, sus clases y efectos legales, podemos ocuparnos de otras clasificaciones realizadas tradicionalmente por la doctrina.

b. Otras clasificaciones

i. Error sobre el objeto o error en el golpe

El error sobre el objeto más conocido es el error en la persona, que se verifica en el momento en que el autor confunde a su víctima con otra persona. La solución a estos supuestos dependerá de las calidades que revestían a la víctima y a la persona confundida.

Si tanto la víctima como la persona confundida tienen la misma calidad, entonces el error será irrelevante; por ejemplo, cuando se quiere matar a Gilberto y en realidad se mata a Ramiro, y ambos tienen la misma calidad de "otro" que se describe en la conducta típica de homicidio en el artículo 302 del CPF.¹⁸⁶ Ello se puede aplicar al caso de homicidio calificado del cardenal Posadas Ocampo, pues el autor lo confundió con uno de los integrantes de la organización criminal del Chapo Guzmán,¹⁸⁷ como se respalda con el siguiente criterio jurisprudencial:

ERROR EN EL GOLPE. NO INVALIDA EL DOLO. Disparar un arma de fuego con el propósito de causar daño en diversa persona de la que resulte muerta, constituye un error de carácter accidental, conocido bajo el nombre de "error en el golpe", mismo que resulta ineficaz para destruir la culpabilidad, y el homicidio, enton-

¹⁸⁶ Cfr. Liszt, *Tratado...*, cit., t. II, esp. pp. 421. Aunque cierto sector de la doctrina considera relevante el error y sostiene que estamos ante un concurso ideal de tentativa de homicidio calificado y el homicidio culposo, siendo aplicable el más grave, cfr. Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., 3a. ed., esp. p. 259.

¹⁸⁷ Con una amplia exposición, cfr. Díaz-Aranda, Enrique, "El error en la persona en el asesinato del Cardenal Posadas conforme a las figuras del cuerpo del delito y la probable responsabilidad", en Díaz-Aranda, Enrique (coord.), *Las ciencias penales y el homicidio del cardenal Posadas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005 [serie Doctrina Jurídica, núm. 231].

ces, debe considerarse como doloso, toda vez que el resultado producido es típicamente equivalente al querido, o sea, el activo, al querer causar un daño en otra persona, lo produce en la persona del pasivo, lo cual no varía el sentido doloso de su conducta.

Amparo directo 620/86. Julio Hernández González. 14 de abril de 1986. 5 votos. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretario: Alfredo Murguía Cámara

En la publicación original de esta tesis aparece la leyenda: "Véase: *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985*, Segunda Parte, Jurisprudencia 107, página 226. Esta tesis también aparece en: Informe de 1986, Segunda Parte, Primera Sala, Tesis 16, página 13.¹⁸⁸

Diferente es la solución cuando la víctima y el sujeto con el que se confundió tienen distintas calidades reconocidas en la ley. Así, en el supuesto del hijo que dispara contra la persona que entra a la casa creyendo que era su padre cuando en realidad mató al jardinero, tenemos por un lado una conducta típica de homicidio culposo, pero también se da una tentativa de homicidio en razón de parentesco.

ii. *Aberratio ictus*

Mientras que en el error en el golpe se confunde a la persona, en los supuestos de *aberratio ictus* el ataque se dirige al objeto que se quiere lesionar, pero el proceso causal desencadenado conlleva a un resultado distinto. Ello lo podemos representar si en un mitin político el sujeto dispara contra el candidato, pero este hace un movimiento repentino y la bala hiere al guardaespaldas causándole la muerte; aquí no es que el asesino haya confundido al político porque lo tiene a la vista, lo que ocurre es que falla en el blanco. Nuevamente en estos supuestos serán relevantes las calidades específicas de la víctima cuando se encuentren previstas en la ley, como sucedería si el sujeto activo dispara contra su enemigo, pero termina privando de la vida a su propio hijo que se encontraba detrás. En este caso se presentará un concurso entre la tentativa de homicidio calificado y el homicidio en razón de parentesco, cuyas condiciones de ejecución nos pueden llevar a plantearnos si será imprudente o doloso eventual, y es precisamente en un supuesto como este donde podemos apreciar las importantes consecuencias de aplicar lo que hemos desarrollado hasta este momento, ya que el homicidio culposo en razón de parentesco es impune según lo dispuesto en el artículo 321 bis del CPF.

iii. *Error sobre el proceso causal*

Si el desarrollo causal verificado es diferente al pretendido por el autor, pero el resultado es el mismo que se quería, entonces es irrelevante el error

¹⁸⁸ *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Primera Sala, vols. 205-216, segunda parte, p. 20.

del sujeto. Por ende, quien golpea fuertemente la cabeza de la víctima para matarla y creyéndola muerta la entierra en su jardín, pero con la necropsia se determina que la persona murió ahogada por la tierra y no por el golpe en la cabeza, ese error no cambia el título de imputación de homicidio doloso de la conducta.¹⁸⁹ Lo único sobre lo cual se podría discutir es sobre la relevancia o irrelevancia de las circunstancias atenuantes y las calificativas del delito, pues si en el mismo supuesto planteado todo empezó con una riña, la pregunta es si estamos ante una conducta típica de homicidio en riña o uno de homicidio calificado por tener el autor la ventaja debido a que la víctima se encontraba inconsciente al momento de enterrarla viva y, por tanto, indefensa. Pero también cabría la posibilidad de un concurso ideal entre homicidio en riña en grado de tentativa y homicidio imprudente. Sin embargo, el desconocimiento del autor sobre la sobrevivencia de la víctima después de la riña nos lleva nuevamente a los terrenos del error de tipo que eliminaría la posibilidad de un homicidio calificado, por ello consideramos más apropiada la segunda solución.

B. Caso fortuito

La ausencia de dolo y de imprudencia da lugar al caso fortuito como excluyente del delito, previsto en la fracción X del artículo 15 del CPF. Sin embargo, la ubicación en la que se encuentra prevista la excluyente es una reminiscencia de las teorías que ubicaron el dolo y la culpa en la culpabilidad, lo cual hemos rechazado al colocar ambos elementos subjetivos genéricos en la conducta típica, lo que implica desechar el dolo en los supuestos de error de tipo invencible y vencible, así como la imprudencia (culpa) cuando el tipo no admite dicho título de comisión o no se le puede atribuir el resultado a la conducta por falta de fundamento jurídico para sustentar el deber legal de actuar o la conducta sale del radio de prohibición de la norma, todo lo cual se determina al analizar coordinadamente los tres elementos de la conducta típica: objetivos, normativos y subjetivos. Por lo que remito al lector a dichos apartados.

¹⁸⁹ En este sentido, *cfr.* Liszt, *Tratado...*, *cit.*, t. II, p. 420; Mir Puig, *Derecho penal...*, *cit.*, 3a. ed., pp. 258 y 259.

Publicación Electrónica,
núm. 12, 2014
Instituto de Investigaciones
Jurídicas, UNAM

CAPÍTULO SEXTO

ANTI JURIDICIDAD

I. CONCEPCIÓN GENERAL

Solo después de haber confirmado que la conducta es típica y, por tanto, penalmente prohibida, podemos seguir adelante con su análisis para determinar si también contraviene a todo el orden jurídico en general o si, por el contrario, existe alguna causa que la justifique. Si después de dicho análisis confirmamos que la conducta es típica y antijurídica, entonces estaremos ante la presencia de un injusto, pero si hay una causa que justifique la conducta típica (ilícita o prohibida), entonces quedará excluida su antijuridicidad y será imposible considerarla como delito, dado que solo se concretó el primer elemento (conducta típica) y faltó el segundo (antijuridicidad) y ya no podemos pasar al último (culpabilidad). En otras palabras, la conducta típica justificada se debe considerar como un ilícito justificado.¹⁹⁰

En este sentido, la conducta de matar (objeto) está descrita en un tipo penal (artículo 302 del CPF), pero su antijuridicidad depende de su contrariedad con el derecho (valoración del objeto). Por lo cual, si la conducta prohibida de matar se realizó en legítima defensa (artículo 15, fracción IV, del CPF), entonces estamos ante una conducta-típica justificada y el delito desaparece.¹⁹¹ Por ello se dice que el juicio de tipicidad “no contiene ninguna valoración legal que aluda a la antijuridicidad de la actuación típica”.¹⁹² No obstante, es fácil percibir que la mayoría de conductas-típicas solo en pocas ocasiones estarán amparadas por una causa de justificación, por lo cual también se ha dicho que la tipicidad es el indicio de la antijuridicidad.¹⁹³

La postura aquí adoptada es totalmente distinta a la sostenida por los defensores de la teoría de los elementos negativos del tipo, quienes sostienen

¹⁹⁰ Para un amplio análisis, cfr. Beling, Ernst von, *El rector de los tipos de delito*, trad. de L. Prieto Castro y J. Aguirre Cárdenas, Madrid, España, Reus, 1936, esp. pp. 19 y 20; Mezger, *Derecho penal...*, cit., esp. pp. 61, 131 y 134; Welzel, *El nuevo sistema...*, cit., pp. 49 y 50; Córdova Roda, *op. cit.*, pp. 12-14; Roxin, *Derecho penal...*, cit., p. 279.

¹⁹¹ Cfr. Beling, *El rector...*, cit., pp. 18-20.

¹⁹² Roxin, *Derecho penal...*, cit., p. 279. Por su parte, Mir Puig manifiesta que para Beling el tipo no presupone “ningún juicio de desvalor jurídico sobre el hecho, sino sólo la constatación lógica de que el mismo es subsumible en una figura de delito”. Del autor citado, *Derecho penal...*, cit., 3a. ed., p. 128.

¹⁹³ En este sentido, cfr. Welzel, *Derecho penal (parte general)*, cit., p. 86; Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal (parte general)*, La Mesa, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1988, p. 511.

que las causas de justificación constituyen una exclusión de la prohibición y, por tanto, se debe considerar al hecho justificado también como un hecho permitido y lícito. Incluso en algunas tesis de jurisprudencia de nuestro país se sostiene que una conducta amparada por una causa de justificación es lícita.¹⁹⁴ Por el contrario, nosotros consideramos que las causas de justificación no excluyen la prohibición general de la conducta, sino que solo la justifican,¹⁹⁵ razón por la cual, privar de la vida a otro es una conducta prohibida y solo excepcionalmente se justifica cuando concurren las circunstancias de alguna causa de justificación, como por ejemplo la legítima defensa. Esta no es una cuestión baladí, porque si partiéramos de los presupuestos de la teoría de los elementos negativos del tipo y concibiéramos a un hecho justificado como un hecho permitido (atípico), lo estaríamos haciendo equivalente a cualquier otro hecho permitido y tendríamos que sostener que es lo mismo matar a otra persona en legítima defensa que matar a un mosquito o ir al cine con la novia, lo cual contraviene el principio de justicia material, porque hace equivalente lo que es incomparable.¹⁹⁶

Las causas de justificación cumplen una función político-criminal, pues a través de ellas el legislador penal pretende solucionar aquellos supuestos en que las circunstancias obligan a justificar una conducta prohibida que lesiona a un bien jurídico tutelado (conducta-típica).¹⁹⁷ Por ello, las causas de justificación siempre deberán estar plasmadas en la ley, y su aplicación requiere de la constatación de todos y cada uno de los elementos indicados por el legislador, por lo cual no son admisibles las llamadas causas de justificación supraleales (aquellas no reconocidas expresamente en el orden jurídico) o la inclusión o exclusión de elementos no contemplados en la regulación de la causa de justificación.¹⁹⁸

Lo antes expuesto nos lleva a excluir aspectos subjetivos del autor como requisitos para justificar la conducta, los cuales han sido denominados como elementos

¹⁹⁴ Así se puede observar en la siguiente tesis, en la que se consideró lícita la conducta de legítima defensa: Tesis 303, *Apéndice de mil novecientos noventa y cinco*, Sexta Época, Primera Sala, t. II, parte SCJN, p. 168: "RIÑA Y LEGÍTIMA DEFENSA. La riña excluye la legítima defensa, ya que en la primera los adversarios se colocan en un mismo plano de ilicitud de la conducta, en tanto que en la segunda la acción defensiva es lícita.

Sexta Época: Amparo directo 709/60. Esteban Corona Caspeta. 26 de septiembre de 1960. Cinco votos.

Amparo directo 3997/60. Marcelino González Hernández. 28 de octubre de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 695/61. Pedro Mancilla Rivas. 16 de junio de 1961. Cinco votos.

Amparo directo 4552/61. Manuel Reséndiz Hernández. 18 de octubre de 1961. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 3255/61. Jesús Pérez Luna. 8 de junio de 1962. Cinco votos".

¹⁹⁵ Cfr. Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., 3a. ed., pp. 411-422.

¹⁹⁶ En este sentido, cfr. Welzel, *Derecho penal (parte general)*, cit., pp. 90 y 91; Gómez Benítez, *op. cit.*, pp. 277 y 278.

¹⁹⁷ Gómez Benítez, *op. cit.*, p. 279.

¹⁹⁸ Sobre las distintas teorías de la antijuridicidad, cfr. Roxin, *Derecho penal...*, cit., p. 573.

subjetivos del injusto.¹⁹⁹ Debemos recordar que en el análisis de la antijuridicidad estamos realizando un juicio sobre la conducta-típica frente al orden jurídico, por lo cual los motivos que guían al sujeto que obra justificadamente solo serían relevantes si la causa de justificación los contempla expresamente, pero si no forman parte de los requisitos enunciados por el legislador para justificar el ilícito no podemos incluirlos, ya que el único facultado para determinar cuándo se justifica una conducta prohibida es el mismo legislador! En este sentido, si el sujeto que defendió sus bienes lo hizo con el ánimo de venganza contra el agresor y no con el fin de defensa, ello no debe impedir la justificación de la conducta si se cumple con todos los requisitos previstos en la fracción IV del artículo 15 del CPF, la cual no contempla ningún fin o ánimo del autor para justificar su conducta-típica por legítima defensa.

En conclusión: para aplicar una causa de justificación se deben tomar en cuenta todos y cada uno de los elementos descritos por el legislador mexicano ini más ni menos!

La antijuridicidad tiene un aspecto material y otro formal, de los cuales me ocupo a continuación.

1. ASPECTOS

A. Formal

Si la conducta-típica y antijurídica es aquella que no solo está prohibida por el derecho penal, sino que además contraviene a todo el sistema jurídico en su conjunto,²⁰⁰ entonces podemos sostener que formalmente estamos ante un "injusto".

Para adentrarse en la concepción de la antijuridicidad es menester recordar que el orden jurídico se conforma de diversas leyes, como son las de carácter civil, laboral, fiscal, penal, etcétera. Cada una de esas leyes regula una materia en particular, pero entre ellas debe existir una relación sistemática que evite formalmente la contradicción de principios. De ahí que la valoración de un hecho puede realizarse conforme a una rama del derecho y, posteriormente, conforme a todo el orden jurídico.

De esta guisa, el derecho penal es el encargado de determinar cuáles son las conductas prohibidas en particular, pero existen hechos en los que una conducta prohibida se desarrolla en tales circunstancias que hacen concurrir a otras normas jurídicas que dan lugar a su justificación frente al orden jurídico en general.

¹⁹⁹ Cfr. Mezger, *Derecho penal...*, cit., esp. pp. 135-139.

²⁰⁰ Cfr. Roxin, *Derecho penal...*, cit., pp. 557 y 558; Mezger, *Derecho penal...*, cit., esp. p. 132.

B. Material

La antijuridicidad material implica que la conducta-típica generó una lesión o puesta en peligro del bien fundamental para la vida en sociedad. Esa lesión al bien se considera antijurídica cuando se realizó en tales circunstancias que no solo es valorada socialmente como nociva,²⁰¹ sino también como injustificada, y por ello también es injusta.

Por el contrario, existen situaciones en las cuales se plantea un conflicto entre la preservación de bienes fundamentales para la sociedad y la realización de una conducta prohibida que lo lesionará, pero las circunstancias que rodean al hecho hacen percibir a la sociedad que esa conducta debe justificarse o exculparse excepcionalmente. Esta situación de conflicto en la que necesariamente uno de los bienes va a sucumbir fue descrita por Von Liszt en los términos siguientes:

La protección de los intereses vitales es el *primer* deber de las normas jurídicas. Pero, por muy cuidadosa que sea la delimitación de los intereses vitales —que son elevados a bienes jurídicos por la protección que el derecho les otorga— no pueden ser totalmente impedidos los conflictos de los intereses y las colisiones de los bienes jurídicos. El fin de la convivencia humana —garantizar la consecución de la cual, es el último y el *principal* deber del orden jurídico— exige que un conflicto semejante sea sacrificado el interés de menor importancia, cuando sólo puede conservarse a este precio el interés superior. De aquí resulta: que la lesión o riesgo de un bien jurídico *sólo* será materialmente *contraria al derecho* cuando esté en contradicción con los fines del orden jurídico que regula la vida común; esta lesión o riesgo será materialmente *legítima*, a pesar de ir dirigida contra los intereses jurídicamente protegidos, en el caso y en la medida que responda a esos fines del orden jurídico y, por consiguiente, a la misma convivencia humana.²⁰²

Se debe tomar con reserva el criterio empleado por Von Liszt sobre la “ponderación de bienes en conflicto”,²⁰³ conforme al cual solo se justifican aquellos supuestos en los que se lesiona el bien de menor valía, pues en nuestra legislación se llega a justificar la legítima defensa del hogar que puede llegar a la privación de la vida del intruso y para su procedencia bastará con que concurren todas las circunstancias previstas en el párrafo 2o. de la fracción IV del artículo 15 del CPF.

²⁰¹ Cfr. Roxin, *Derecho penal...*, cit., t. I. esp. p. 558.

²⁰² Liszt, *Tratado...*, cit., t. II, esp. pp. 336 y 337.

²⁰³ Cfr. Roxin, *Derecho penal...*, cit., pp. 672 y 673.

2. EFECTOS

Frente a una conducta justificada no procede la legítima defensa del agresor. Así, por ejemplo, si Arnulfo empieza a golpear injustificadamente a Domiro, quien responde para repeler la agresión y cuando casi somete a Arnulfo, este encuentra un martillo y golpea en la cara a Domiro, las lesiones causadas por Arnulfo no podrán justificarse, debido a que él fue el agresor y la conducta de Domiro estaba justificada.

La conducta justificada excluye el injusto, por lo que las conductas de los partícipes también quedan justificadas (principio de accesoriedad limitada en la participación). Por ejemplo, quien le presta la pistola (partícipe) al dueño de la casa que dispara (autor principal) y lesiona a los ladrones que han penetrado en su casa, no incurrirá en injusto alguno, dado que la conducta del autor principal estaba justificada.

Se debe hacer hincapié en que las causas de justificación como descripciones conceptuales generales tienen un contenido dinámico que puede variar con las reformas a otras leyes del ordenamiento jurídico.²⁰⁴

A continuación se expondrán las diferentes causas de justificación poniendo mayor énfasis en la política criminal y en los criterios de jurisprudencia de nuestro país.

²⁰⁴ Cfr. *ibidem*, esp. pp. 572 y 573.

Publicación Electrónica,
núm. 12, 2014
*Instituto de Investigaciones
Jurídicas, UNAM*

CAPÍTULO SÉPTIMO

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

I. CONSENTIMIENTO

La inclusión expresa del consentimiento del sujeto pasivo en nuestro sistema jurídico es producto de la reforma de 1994²⁰⁵ al CPF y quedó en los términos siguientes:

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible.
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.

Cabe advertir que en el CPF se emplea la denominación “consentimiento del titular del bien jurídico tutelado”, mientras que en la fracción I del artículo 405 del CNPP solo quedó contemplado el consentimiento presunto como causa de justificación para dictar sentencia absolutoria, sin contemplar el consentimiento expreso y el tácito, lo cual es una falla legislativa que deberá corregirse.

Pero los problemas de la inclusión del consentimiento en la fracción III del artículo 15 del CPF inician al tratar de determinar si el consentimiento excluye al delito porque se le considera causa de exclusión de la tipicidad de la conducta, o si el delito queda excluido porque dicho consentimiento justifica la conducta del sujeto activo. Lo anterior no ha sido aclarado expresamente por el legislador penal y no tenía por qué hacerlo!, pues en ninguna de las diez fracciones del citado artículo se establece si estamos, por ejemplo, ante una causa de justificación o de inculpabilidad; solo se refiere, en general, a la causa de exclusión del delito. Dicha tarea corresponde precisamente a la dogmática.

Conforme a lo antes planteado, después de la reforma la incógnita es: ¿cuál es la naturaleza del consentimiento contenido en la fracción III del artículo 15

²⁰⁵ Publicada en el *DOF* de 10 de enero de 1994.

del CPF?, ¿se trata de una causa de exclusión de la tipicidad o es una causa de justificación? Desde mi punto de vista es una causa de justificación.

Para comprender el aserto anterior es necesario recordar que dentro de la variedad de conductas del ser humano, solo algunas, las menos, están prohibidas por el legislador penal. Entre dichas conductas encontramos aquellas que se han descrito en un tipo penal porque van en contra del interés del titular del bien jurídico para disponer de este libremente,²⁰⁶ como sucede, por ejemplo, con el allanamiento de morada o el robo, en los cuales la prohibición radica en la contravención al interés del titular del bien para disponer libremente del mismo. De esta suerte, si el titular del bien consiente o permite voluntariamente que un tercero penetre en su casa o se apodere de su reloj, esa conducta no constituye una lesión a la libre disponibilidad del titular y estaremos ante una conducta atípica. En palabras de Eser y Burkhardt: “a pesar de una realización formal del tipo penal falta materialmente una lesión antijurídica del bien jurídico, porque el verdadero bien jurídico no es el mantenimiento del objeto en cuestión, sino la libertad de disposición individual”.²⁰⁷

De esta forma, en los supuestos en los cuales el consentimiento excluye su tipicidad, podemos hablar de un hecho irrelevante para el derecho penal; se trata de un suceso normal de la vida social que no lesiona al bien jurídico tutelado. La doctrina alemana ha convenido en denominar a estos supuestos como casos de “acuerdo”, también traducido como “conformidad del afectado” (*Einverständnis*).²⁰⁸

En resumen, el consentimiento tiene plena eficacia, porque en ellos el legislador quiere proteger, única y exclusivamente, la libre disposición del titular de un bien jurídico y evitar aquellas conductas que atentan contra su voluntad, sin importar el objeto en sí mismo.²⁰⁹

²⁰⁶ Cfr. Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., 3a. ed., pp. 552-554.

²⁰⁷ Eser y Burkhardt, *Derecho penal...*, cit., p. 274.

²⁰⁸ *Idem*. Cfr. Casas Barquero, Enrique, *El delito de falsedad en documento privado*, España, Bosch, 1984, pp. 31 y 32; Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., 3a. ed., pp. 553-555; Quintano Ripollés, Antonio, “La relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, España, t. III, fasc. II, mayo-agosto de 1950, pp. 329, 337 y 340; Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, T. S., *Derecho penal, parte general*, 3a. ed., Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1991, p. 375; Antón Oneca, José, *Derecho penal*, 2a. ed., Madrid, Akal, 1986, p. 288; Luzón Cuesta, José María, *Compendio de derecho penal (parte general)*, 2a. ed., Madrid, Dykinson, 1986, pp. 139 y 140; Arroyo de las Heras, Alfonso, *Los delitos de estafa y falsedad documental*, España, Bosch, 2005, p. 428; Muñoz Conde, *Teoría general...*, cit., p. 114; Cerezo Mir, José, “El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación”, en *Estudios de derecho penal y criminología, libro-homenaje al profesor Rodríguez Devesa*, 1, 1989, pp. 202 y ss.; Jescheck, *op. cit.*, p. 335.

²⁰⁹ Cfr. Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., 3a. ed., pp. 556 y 557; Casas Barquero, *op. cit.*, p. 21; Suárez Montes, Rodrigo Fabio, *El consentimiento en las lesiones*, Pamplona, Publicaciones del Estudio General de Navarra, 1959, pp. 39 y ss.; Cobo del Rosal y Vives Antón, *op. cit.*, p. 375; Porte Petit Candaup, *Apuntamiento de la parte...*, cit., p. 502; Villalobos, *op. cit.*, pp. 264 y ss.

Así, quedará excluida la tipicidad de la conducta cuando concurre el consentimiento en los supuestos de robo (artículo 367 del CPF);²¹⁰ abuso de confianza (artículo 382 del CPF); violación (artículo 265 del CPF); allanamiento de morada (artículo 285 del CPF); privación ilegal de la libertad (artículo 364), etcétera.²¹¹

Por otra parte, la falta de consentimiento puede estar prevista en el tipo de forma expresa o tácita. Así, por ejemplo, se hace referencia a la falta de consentimiento en los tipos de robo y allanamiento de morada. En forma implícita: la violación, el abuso de confianza, la difamación y la privación ilegal de la libertad.²¹² En todos los supuestos anteriores, el consentimiento será una causa de atipicidad a la cual se refiere la fracción II del artículo 15 del CPF y no la de la fracción III.²¹³

En conclusión, el legislador penal mexicano no incluyó al consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad, porque no se necesitaba una reforma para incorporar algo que ya estaba previsto en la fracción II del artículo 15. Lo anterior se confirma con lo dispuesto en la fracción I del artículo 405 del CNPP al contemplar el “consentimiento de la víctima que recaiga sobre algún bien jurídico disponible” como causa de atipicidad que excluye el delito y sustenta la sentencia absolutoria.

Lo único criticable de la expresión “consentimiento de la víctima” radica en su contradicción, pues no se puede considerar como víctima a quien ejerce su derecho para disponer de su propio bien, aunque existe un sector de la doctrina que también utiliza dicha denominación.²¹⁴

Antes de seguir avanzando en el tema del consentimiento, conviene tener presente la diferencia hecha por Quintano Ripollés entre consentimiento y asentimiento, pues el primero implica un “querer”, mientras que el segundo responde a un “tolerar” o resignarse. Así, por ejemplo, quien entrega su cadena de oro al ladrón que lo amenaza, no está consintiendo ni queriendo desahacerse del objeto, sino que se resigna a ser privado del bien. En este sentido, solo el consentimiento es eficaz para excluir la tipicidad de la conducta del sujeto activo y no el asentimiento.²¹⁵

²¹⁰ En México, el supuesto de hecho de robo es equivalente al de hurto previsto en el Código Penal español y, a su vez, el robo agravado del Código Penal mexicano corresponde al de robo del Código Penal español.

²¹¹ En general lo serán todos los delitos patrimoniales, con excepción de los préstamos usuarios (artículo 387, fracción VIII) y de aquellos que afectan a terceros. Sobre el particular, *cfr.* Arroyo de las Eras, *op. cit.*, pp. 428 y ss.; Luzón Cuesta, *op. cit.*, pp. 140 y ss.

²¹² *Cfr.* Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., 3a. ed.; Cobo del Rosal y Vives Antón, *op. cit.*

²¹³ García Ramírez, Sergio, *Derecho penal*, México, UNAM, 1983, p. 60. En el mismo sentido, *cfr.* Porte Petit Candaudap, Celestino, *Programa de la parte general del derecho penal*, México, UNAM, 1968, pp. 503 y 505.

²¹⁴ *Cfr.* Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., 3a. ed., pp. 552 y ss.

²¹⁵ *Cfr.* Quintano Ripollés, Antonio, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, 2a. ed., España, Revista de Derecho Privado, 1972, t. I, vol. I, pp. 340 y ss.

Por otra parte, el consentimiento puede formar parte de la descripción típica e implicar una reducción de la pena, como en el aborto consentido (artículo 330 del CPF),²¹⁶ el estupro (artículo 262 del CPF), el auxilio ejecutivo al suicidio (artículo 312 del CPF), en los cuales el consentimiento ni hace irrelevante el hecho para el derecho penal ni justifica la conducta del sujeto activo, pero, como mencionamos, su concurrencia sí da lugar a la aplicación de una pena menor.²¹⁷ En los dos primeros supuestos, el tipo hace mención expresa al consentimiento del sujeto pasivo, mientras que en el tercero, el homicidio consentido, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia,²¹⁸ se encuentra implícito. De todo ello ya nos hemos ocupado en los elementos normativos de la conducta típica.

Hasta aquí hemos analizado al consentimiento en sede de tipicidad, ahora corresponde su estudio como causa de justificación en sede de antijuridicidad.

La complejidad del consentimiento como causa de justificación (*Einwilligung*)²¹⁹ radica en que la conducta del sujeto activo lesiona efectivamente el bien jurídico e integra el conjunto de elementos que permiten ubicar la conducta en el tipo y, en consecuencia, no podemos hablar de un suceso normal de la vida social, pues están en contraposición el desinterés del titular del bien y el interés general de la sociedad, tal y como lo han manifestado autores como Carrancá y Trujillo, Porte Petit Candaudap y Villalobos.²²⁰

Con todos los desarrollos realizados en torno al consentimiento, podemos resolver el caso práctico siguiente: Teresa C. fue auscultada por el neurocirujano Adrián N., para quien los estudios de resonancia magnética le indicaban que era indispensable realizarle una operación quirúrgica en el lóbulo frontal derecho debido a que presentaba dos tumores de tamaño irregular, por lo cual le explicó el diagnóstico, el procedimiento a seguir durante la operación y el pronóstico sobre las posibles consecuencias secundarias de la intervención, entre las cuales se encontraba una cicatriz en la cara. Teresa C. aceptó

²¹⁶ Cabe señalar que en algunos proyectos de código penal (en adelante PCP) estatales se ha negado la relevancia del consentimiento, sancionando igual el aborto con o sin consentimiento de la mujer, a saber: PCP para el estado de Veracruz-Llave de 1954, artículo 221; PCP para el estado de Baja California Norte de 1954, artículo 219.

²¹⁷ En este sentido, la falta del consentimiento de la víctima, siguiendo a Gimbernat, da lugar a la aplicación del tipo de asesinato (homicidio calificado) o de parricidio, según el caso. Cfr. Gimbernat Ordeig, Enrique, "Introducción y auxilio al suicidio", en *Estudios de derecho penal*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 1990, pp. 283 y ss.

²¹⁸ Aunque como señalé en la nota anterior, la única referencia jurisprudencial en México no es del todo clara. Pueden citarse las sentencias del Tribunal Supremo español (STS) de 8-XI-1961 y la STS de 15-XII-1977.

²¹⁹ Cfr. Jescheck, *op. cit.*, p. 335; Mir Puig, *Derecho penal...*, *cit.*, 3a. ed., p. 554; Cobo del Rosal y Vives Antón, *op. cit.*, p. 375; Casas Barquero, *op. cit.*, pp. 34, 54 y 55; Cerezo Mir, *Curso de derecho...*, *cit.*, pp. 208 y ss.; Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español (parte general)*, 14a. ed., Madrid, Dykinson, pp. 506 y ss.

²²⁰ Villalobos, Ignacio, *Derecho penal mexicano (parte general)*, 3a. ed., México, Porrúa, 1975, p. 264. Sostienen el mismo criterio, Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano (parte general)*, 13a. ed., revisada y adicionada por Raúl Carrancá y Rivas, México, Porrúa, 1980, p. 433; Porte Petit Candaudap, *Programa de la parte...*, *cit.*, pp. 503 y 505.

y firmó la autorización por escrito. Durante la operación, el neurocirujano encontró ramificaciones del tumor, el cual presentaba un alto grado de malignidad, por lo cual tuvo que realizar un corte con rayo láser y radiación de tipo *gamma knife*. La intervención fue exitosa, pero con la consecuencia de una cicatriz visible en la cara de 10 cm de longitud, ante lo cual Teresa C. acudió al médico cirujano plástico Roberto R. para eliminar la cicatriz; el cirujano plástico se comunicó con el neurocirujano y llegaron a la conclusión de que era mejor esperar porque con la radiación de tipo *gamma knife* el tejido se ablanda, pierde su forma y tardaba alrededor de un año para regresar casi a la normalidad, por ello era aconsejable esperar ese periodo para asegurar el éxito de la cirugía plástica. Sin embargo, aunque ya habían transcurrido once meses, la impaciencia de Teresa le llevó a pedirle al cirujano plástico que le hiciera la operación estética, señalando que prefería asumir el riesgo advertido; lamentablemente después de la intervención, al ser retirados los puntos de sutura, el tejido comenzó a perder forma y tenía un aspecto peor al de la cicatriz anterior, motivo por el cual Teresa C. denunció los hechos ante el Ministerio Público, quien consideró que se trataba de un delito de lesiones en la cara, previsto en el artículo 290 del CPF.

El legislador incluyó la fracción III en el artículo 15 del CPF precisamente para justificar conductas típicas de lesiones en operaciones quirúrgicas o de trasplante de órganos dobles; de ahí que a partir de la reforma de 1994, médicos como Adrián N. y Roberto R. pueden sentirse seguros al saber que sus comportamientos están justificados si cuentan con el consentimiento del paciente conforme a los requisitos establecidos en dicha fracción y, por tanto, no incurrirán en delito alguno.

II. LEGÍTIMA DEFENSA

La legítima defensa está reconocida en la fracción IV del artículo 15 del CPF, en los términos siguientes:

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

IV. Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se debe recordar que todas las causas previstas en las diferentes fracciones del artículo 15 excluyen al delito como última consecuencia y que corresponde al jurista el determinar cuál de los tres elementos del delito queda excluido. Así, una formulación jurídico penal completa sería: reunidos todos los requisi-

tos de la legítima defensa, previstos en la fracción IV del artículo 15 del CPF, se puede concluir que la conducta típica se justifica quedando excluida la antijuridicidad y, en consecuencia, el delito.

Conforme a lo anterior, las conductas amparadas por la legítima defensa ni pueden ser consideradas lícitas y no se encuentran amparadas por una causa de exculpación, las cuales corresponden a la culpabilidad y cuyo análisis realizaremos más adelante. Esta falta de técnica dogmática se puede apreciar en el criterio jurisprudencial siguiente:

LEGÍTIMA DEFENSA, PROCEDENCIA DE LA. La exculpación por legítima defensa sólo puede decretarse cuando en autos aparezcan plenamente comprobados todos los elementos que conforme a la ley punitiva deben concurrir a la integración de dicha excluyente de responsabilidad penal.

Sexta Época:

Amparo directo 1867/54. Ramón Ocampo Contreras. 27 de agosto de 1954. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 5018/55. Antonio Sánchez Acosta. 2 de diciembre de 1955. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 6185/57. Vidal Cortinas Padrón. 25 de marzo de 1958. Cinco votos.

Amparo directo 2082/57. J. Guadalupe Guzmán M. 29 de abril de 1958. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 7648/57. Prisciliano Gutiérrez Barrera. 19 de junio de 1958. Cinco votos.²²¹

A la vista de lo anterior, es necesario recalcar que la legítima defensa es una conducta-típica, pero justificada, por lo que dichos supuestos se resuelven en sede de la antijuridicidad y ello supone que el delito queda excluido por faltar su segundo elemento, siendo inaceptable pasar a la tercera categoría (culpabilidad).

La legítima defensa se sustenta en dos principios fundamentales: la protección del derecho individual y la defensa del orden jurídico o el prevalecimiento del derecho.²²² La "protección del derecho individual" significa que "la justificación por legítima defensa presupone siempre que la acción típica sea necesaria para impedir o repeler una agresión antijurídica a un bien individual".²²³

Respecto al bien individual defendido, es importante hacer notar que nuestro legislador no ha establecido que este deba ser de mayor valía en relación con el bien que se lesiona, y por esa razón se justifica que el dueño de la casa mate al ladrón que ha penetrado en su morada; ello es así a pesar de que la vida del ladrón, en principio, vale más que todos los bienes muebles que pudiera haber

²²¹ Tesis 197, *Apéndice de 1995*, Sexta Época, Primera Sala, t. II, parte SCJN, p. 112.

²²² Cfr. Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., 3a. ed., esp. p. 425; Roxin, *Derecho penal...*, cit., esp. pp. 608-610.

²²³ Roxin, *Derecho penal...*, cit., p. 608.

en el interior del hogar,²²⁴ aunque para sostener debidamente este criterio es necesario unirlo al de la defensa del orden jurídico, que más adelante desarrollaremos.

La razón por la que se excluye la legítima defensa de bienes colectivos radica en que esa función está reservada al Estado, y los ciudadanos no deben asumir ese rol debido al alto riesgo de desestabilización social que supondría convertir a todos los ciudadanos en policías sin control, de allí que sean tan cuestionadas, entre otras razones, las acciones de las *autodefensas*. Por esta razón, quien tiene conocimiento de la agresión a bienes públicos debería acudir a los órganos de policía competentes.

Respecto a la “defensa del orden jurídico”, en principio es el Estado el encargado de vigilar y hacer prevalecer el derecho en la sociedad. Pero es imposible garantizar por completo la inviolabilidad del orden jurídico; por esa razón, el Estado se ve en la necesidad de permitir al ciudadano proteger y defender sus derechos en situaciones extremas a través de la repulsa de una agresión ilegítima, pues se debe considerar que la actitud del agresor supone un desafío y una contravención a lo dispuesto en el orden jurídico, mientras que el defensor trata de hacerlo valer.²²⁵ Con lo anterior se busca resguardar al derecho y mandar al delincuente un mensaje señalándole que la agresión contra los bienes de los particulares no solo se puede tratar de evitar a través de los órganos de policía estatal, sino también otorgando al ciudadano el derecho a defenderse.

Así, el reconocimiento de la legítima defensa obedece a una política criminal del Estado, guiada por un fin preventivo general que busca evitar la comisión de conductas típicas y antijurídicas; no obstante, el Estado debe utilizar todos los medios a su alcance para evitar que el ciudadano se vea en la necesidad de llegar al extremo de la autodefensa.

Ya establecidos los lineamientos generales de la legítima defensa, podemos pasar al análisis de los requisitos establecidos por el legislador penal mexicano para que surta efecto como causa de justificación que excluya el delito y sustente la sentencia absolutoria, como lo dispone la fracción II del artículo 405 del CNPP.

1. ELEMENTOS

Recordemos una vez más que para la justificación de una conducta por legítima defensa es necesario que concurren todas las circunstancias previstas por el legislador, ya que en caso contrario habrá un exceso en la legítima de-

²²⁴ Cfr. Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., 3a. ed., esp. p. 425.

²²⁵ *Ibidem*, p. 426.

fensa, que ya no justifica la conducta y confirma la antijuridicidad, aunque la pena a imponer se reduzca.

A continuación analizamos cada uno de los elementos de la legítima defensa.

A. Repeler

“Repeler” significa rechazar la agresión, motivo por el cual la conducta del agredido solo puede justificarse frente al agresor y no frente a un tercero ajeno al ataque injusto. De ahí la siguiente tesis de jurisprudencia:

LEGÍTIMA DEFENSA. NO OPERA EN RELACIÓN A TERCEROS AJENOS A LA AGRESIÓN. La muerte de un tercero inocente, y ajeno a la agresión, no queda comprendida en la relación agresión-defensa, pues, por imperativo legal, contenido en la expresión “en defensa”, que emplea la fracción III del artículo 15 del Código Penal, para que se estructure la legítima defensa es necesario que a la acción objetiva de repulsa corresponda, en lo subjetivo, el *animus defendendi*, el cual comprende tanto la conciencia de la agresión como la voluntad de defensa. En este orden de ideas, si la lesión a la esfera jurídica del sujeto pasivo, ajena por completo a los hechos que motivaron la repulsa, no estuvo comprendida en el plan individual defensivo del acusado, quien solo intervino en favor de un tercero, amigo suyo, para repeler la agresión de que este fue objeto, repulsa enderezada, tanto objetiva como subjetivamente, en contra del agresor, no estando presente en su conciencia causar, en defensa, la muerte de la ofendida, ni su voluntad encaminada a concretar el resultado letal, por ello, ese daño en la persona de un tercero, inocente, queda extramuros de la legítima defensa, desplazándose el problema, en el caso concreto, al ámbito de la culpabilidad, para dilucidarse si en el evento luctuoso hubo imprudencia o negligencia, ya que hay que descartar la intención de causación del resultado, en virtud de que el acusado efectuó una acción finalista de legítima defensa contra el agresor de su amigo; pero, en relación a la occisa, la acción fue causal. Examinada la conducta del acusado, en orden a la culpabilidad, es indiscutible que la muerte causada se debió a una imprudencia del acusado, si por su carácter de militar, era diestro en el manejo de armas de fuego y, por ende, estaba obligado a observar la diligencia debida al usar su pistola en defensa del agredido. Si no lo hizo, siendo previsible el resultado letal o habiéndose previsto y no querido, resulta que obró en forma imprudente, ameritando reproche y sanción a título de culpa.

Amparo directo 5830/80. Jesús Monarrez Carrasco. 20 de febrero de 1981. Cinco votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretario: Tomás Hernández Franco.²²⁶

En el citado criterio podemos observar la claridad del análisis entre las condiciones exigidas para valorar la falta de repulsa frente al tercero que no estaba atacando para sostener la antijuridicidad de la conducta típica de homicidio, y el dejar para la culpabilidad el análisis del ánimo de defensa tal

²²⁶ *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Primera Sala, vols.145-150, segunda parte, p. 108.

y como corresponde; aunque no se deja de advertir que en dicho criterio se parte de la vieja sistemática que ubicaba al dolo y a la culpa en la culpabilidad, mientras que nosotros hemos sostenido su ubicación en la conducta típica con todas las consecuencias ya expuestas.

B. Agresión

Es menester aclarar el concepto de agresión y después esclarecer el sentido de los tres calificativos empleados por nuestro legislador penal. Conforme a ello, “una agresión es la amenaza de un bien jurídico por una conducta humana”.²²⁷ En nuestra jurisprudencia encontramos el siguiente concepto de agresión:

LEGÍTIMA DEFENSA. CONCEPTO DE AGRESIÓN. Para los efectos justificativos de la exculpan-
pante de legítima defensa, por agresión se entiende el movimiento corporal del
atacante que amenaza lesionar o lesiona intereses jurídicamente protegidos y
que hace necesaria la objetividad de la violencia por parte de quien la rechaza.

Sexta Época:

Amparo directo 5966/57. Rafael Espinosa Díaz y coags. 6 de octubre de
1958. Cinco votos.

Amparo directo 2223/58. Luciano Arzola González. 23 de octubre de 1958.
Cinco votos.

Amparo directo 849/59. Aurelio Garduño Archundia. 16 de noviembre de
1959. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 357/60. Armando Aparicio Peralta. 29 de marzo de 1960.
Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 4772/60. Manuel Rodríguez Araiza. 27 de septiembre de
1960. Cinco votos.²²⁸

Aunque nuevamente se observa la falta de precisión sistemática al considerar que estamos ante una causa de exculpación y no una de justificación, como propiamente lo es, en este criterio se confirma la necesidad de la amenaza material que presupone la agresión, la cual puede provenir de otra persona o de un instrumento que sea utilizado para el ataque, por ejemplo, cuando el agresor emplea un perro u otro animal en contra del agredido.

Ante la pregunta sobre la procedencia de la legítima defensa contra una conducta de omisión, debemos recordar que en el mundo real solo existen conductas activas, por lo que la omisión tendrá que consistir en el impedimento del garante para que otro evite la lesión que en principio debía proteger.²²⁹ Así, por ejemplo, si la madre abre la llave del gas para que tanto ella como sus hijos mueran, los vecinos pueden entrar por la fuerza e incluso golpear a la mujer que se opone al salvamento de los hijos. En este supuesto, las lesio-

²²⁷ Roxin, *Derecho penal...*, cit., p. 611.

²²⁸ Tesis 188, *Apéndice de 1995*, Sexta Época, Primera Sala, t. II, parte SCJN, p. 108.

²²⁹ En este sentido, cfr. Roxin, *Derecho penal...*, cit., esp. p. 613.

nes causadas a la madre estarán amparadas por la causa de justificación de la legítima defensa, dado que los hijos no le pertenecen al grado de disponer de la vida de ellos. En cambio, si los vecinos no solo logran salvar a los niños, sino también pretenden salvar a la mujer que se resiste y deben golpearla para someterla y sacarla del lugar, esas posteriores lesiones a la suicida ya no están amparadas por una legítima defensa, dado que la vida le pertenece a la mujer, pero sí procedería el estado de necesidad; las lesiones causadas a la madre para salvar a los niños estarían justificadas por la legítima defensa, mientras que las lesiones causadas para salvarle la vida a ella misma estarían justificadas por un estado de necesidad justificante.²³⁰

C. Real

Lo real es lo que existe en el mundo físico, y ello nos lleva a confirmar que la valoración ordenada por el legislador en la legítima defensa debe sustentarse en el hecho y no en el sujeto que se defiende.

Por ello, no se deben resolver en la antijuridicidad supuestos como el de la legítima defensa putativa, en los cuales el autor cree falsamente que está justificada su conducta pero en la realidad no se verifican todos los requisitos, pues en ellos el problema no radica en los hechos reales (dada la inexistencia de una agresión real), sino en la falsa percepción del sujeto sobre esas circunstancias, cuyo análisis es propio de la culpabilidad, específicamente en el error sobre la justificación.

Se pueden presentar casos en los cuales se haya materializado una agresión que puede agravarse, por lo cual el agredido decide eliminar esa posibilidad con una acción contundente, tal y como se plantea en el supuesto de la siguiente tesis jurisprudencial:

LEGÍTIMA DEFENSA, EXIGENCIA DE LA. Si el agresor después de golpear al acusado injustamente y sin derecho, hizo ademán de sacar una arma, siendo esto último lo que motivó al sujeto pasivo de la agresión a sacar a su vez una arma y lesionarlo, sí opera en favor de este último la excluyente de responsabilidad de la legítima defensa, pues la agresión era actual y manifiesta.

Amparo directo 6652/80. Evodio Tapia Molina. 21 de enero de 1981. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Fernando Castellanos Tena. Secretario: Manuel Díaz Infante Márquez.

NOTA (1): En la publicación original de esta tesis aparece la leyenda: "Véase: Tesis de jurisprudencia 172, Apéndice 1917-1975, Segunda Parte, Pág. 355".²³¹

²³⁰ Sobre la problemática del suicidio, cfr. Díaz-Aranda, Enrique, *Del suicidio a la eutanasia*, México, Cárdenas Editores, 1997.

²³¹ *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Primera Sala, vols. 145-150, segunda parte, p. 107.

En el supuesto analizado, los golpes del agresor confirman la realidad de la amenaza, por lo cual si el agresor además iba a sacar el arma, se justifica plenamente la conducta del agredido por legítima defensa. Pero si en realidad el agresor no tenía dicha pistola, entonces tendremos que analizar el error sobre la justificación a nivel de culpabilidad.

El requisito de la realidad del ataque excluye agresiones no materiales, y por esa razón no procede la legítima defensa del honor,²³² como se puede apreciar en las siguientes tesis de jurisprudencia:

1) LEGÍTIMA DEFENSA E INJURIAS. Las solas injurias no configuran agresión con las características señaladas por la ley para la integración de la eximente de legítima defensa.

Sexta Época: Amparo directo 4169/55. José Balbastro Pacheco. 13 de julio de 1957. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 5455/57. Martín Sánchez Rodríguez. 23 de noviembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 7437/56. José Guardián Navarro. 27 de noviembre de 1957. Cinco votos.

Amparo directo 6136/57. Alfredo Garza Leal. 16 de agosto de 1958. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 7811/58. Guillermo Hernández Hinojosa. 30 de julio de 1959. Cinco votos.²³³

2) LEGÍTIMA DEFENSA. AGRESIONES DE NATURALEZA MORAL. DEBEN REVESTIR FORMA FÍSICA DE MANIFESTACIÓN. Para que sea operante la eximente de legítima defensa del honor y de los bienes, es preciso que exista previa agresión por parte del pasivo, que es la condición *sine qua non* para que se advierta la naturaleza objetiva de la excluyente. Ahora bien, tratándose de agresiones de índole moral, éstas han de revestir forma física de manifestación, lo que no acontece en un caso en el que la víctima únicamente haya expresado de palabra, aunque de manera injuriosa, su negativa de reconocerle al inculpado la propiedad de ciertos bienes, teniendo éste a su alcance los medios legales para hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes.

Amparo directo 1987/73. Enrique Ortega Mendoza. 24 de enero de 1974. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Secretario: Alberto Martín Carrasco.²³⁴

3) LEGÍTIMA DEFENSA DEL HONOR CONFIGURADA. Tratándose de la excluyente de legítima defensa del honor, debe decirse que no se ofende el honor o se hiere la dignidad personal del ser humano y menos aun se ataca esa dignidad, si la víctima (estando separada del esposo), se encuentra conversando en la calle y a plena luz del día con un desconocido, por lo que si el agente la priva de la vida, no obra justificadamente defendiendo su honor, ni tampoco amerita ate-

²³² Aunque el Tribunal Supremo Español sí reconoce la legítima defensa del honor, hay que recordar que en México este criterio es rechazado; cfr. Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., 3a. ed., p. 433.

²³³ Tesis 189, *Apéndice de 1995*, Sexta Época, Primera Sala, t. II, parte SCJN, p. 108.

²³⁴ *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Primera Sala, vol. 61, segunda parte, p. 29.

nuación de penalidad, por no haber sorprendido a su mujer en actos próximos al yacimiento infiel.²³⁵

D. Actual o inminente

Con los términos “actual o inminente” se establece la vigencia temporal para obrar en legítima defensa, la cual solo procede cuando la agresión está a punto de suceder o está sucediendo. Por este motivo, cuando la agresión ha cesado ya, no se justifica la conducta, como ocurre cuando el agresor se está retirando del lugar y el agredido se levanta y lo golpea por detrás.

Sobre la inminencia del peligro se puede citar la tesis de jurisprudencia siguiente:

LEGÍTIMA DEFENSA, INEXISTENCIA DE LA. La legítima defensa no se concibe antes de que el riesgo exista o se presente en forma que no dé lugar a la inmediata iniciación de un daño; por lo tanto, la actitud amenazante del supuesto agresor no puede aceptarse como antecedente válido para el ejercicio del derecho de legítima defensa.

Sexta Época: Amparo directo 1216/52. José Palomo Granja. 4 de junio de 1954. Cinco votos.

Amparo directo 4616/52. Rafael González Guzmán. 4 de junio de 1954. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 5170/59. Macario González. 9 de marzo de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 472/62. Fidel Domínguez Islas. 22 de junio de 1962. Cinco votos.

Amparo directo 6573/61. Artidoro Lagarda Lagarda. 20 de agosto de 1962. Cinco votos.²³⁶

El legislador faculta al particular para defenderse sin tener que esperar a que inicie la lesión del bien jurídico; a eso se refiere con el término “inminente”; pero la pregunta es ¿desde qué momento se puede considerar inminente una agresión? Para responder a esta pregunta tendremos que colocarnos en una posición *ex ante* para valorar si de acuerdo con las circunstancias se puede considerar que la agresión estaba a punto de iniciar, o si el defensor no tenía tiempo suficiente para proteger sus bienes o derechos adoptando otras medidas menos dañinas. En este sentido, se puede citar la siguiente tesis de jurisprudencia:

LEGÍTIMA DEFENSA, INTEGRACIÓN DE LA. No es necesario e indispensable que los disparos del agresor se produzcan para que hasta entonces se repela la agresión, pues ello obligaría a tener que esperar un momento que podría ser definitivo para la integridad física.

²³⁵ *Ibidem*, Séptima Época, Primera Sala, vol. 74, segunda parte, p. 27.

²³⁶ Tesis 192, *Apéndice de 1995*, Sexta Época, Primera Sala, t. II, parte SCJN, p. 109.

Amparo directo 747/80. Arnulfo Muro Ochoa. 8 de mayo de 1980. 5 votos. Ponente: Fernando Castellanos Tena.

Sexta Época, Segunda Parte:

Volumen XXVII, Pág. 60. Amparo directo 2398/58. Juan Pineda López. 3 de septiembre de 1959. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Rodolfo Chávez S.²³⁷

La actualidad supone que ya ha dado inicio la agresión; por ejemplo, ya se empezó a golpear a la persona, por lo que con este vocablo el legislador pretende determinar que solo procede la legítima defensa mientras dure la agresión, y termina cuando esta ha cesado. Así lo confirman las siguientes tesis de jurisprudencia:

1) LEGÍTIMA DEFENSA. El ataque es actual cuando reviste caracteres de inminencia o dura todavía, de tal suerte que lo que importa para los efectos del derecho penal, es la amenaza creada por aquel, y no la actualidad de la lesión que sufre quien se defiende, o en otros términos, lo que caracteriza a la legítima defensa es que el rechazo de la agresión se realice mientras esta persista, esto es, en tanto que pone en peligro la integridad corporal o la vida de quien se defiende y aun la de un tercero.

Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Amparo directo 201/88. José Nieves Nieves y otro. 23 de noviembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Jorge Núñez Rivera.

Amparo directo 423/88. José Dorado Revelez. 8 de febrero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Jorge Núñez Rivera.

Amparo directo 73/91. Willebaldo Mantilla Méndez. 12 de abril de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Enrique Crispín Campos Ramírez.

Amparo directo 59/93. Jorge Quiroz Ortega. 4 de marzo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Amparo directo 464/93. Pedro Garista Garista. 21 de octubre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván.²³⁸

2) LEGÍTIMA DEFENSA. CUANDO NO HA CESADO LA AGRESIÓN. No es el número de atacantes el que determina la operancia o no de la legítima defensa, sino el peligro que implica para la integridad personal de la víctima la agresión de que la hacen objeto; así, si el ataque lo iniciaron varios sujetos aun cuando la mayoría cesen en él, basta que uno solo lo continúe y que subsista el peligro para la integridad corporal, para que la repulsa ejercitada por el ofendido participe de la excusa absoluta.

Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito.

²³⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Primera Sala, vols. 133-138, segunda parte, p. 105.

²³⁸ Tesis VI 2o. J/282, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, t. 78, junio de 1994, p. 69.

Amparo directo 171/89. Ramiro Valencia Valencia. 8 de junio de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos de Gortari Jiménez. Secretario: Gustavo Solórzano Pérez.²³⁹

3) LEGÍTIMA DEFENSA, EXISTENCIA DE LA. NO CESA EL PELIGRO SI DESPUÉS DE PRODUCIDO UN DISPARO FALLA EL ARMA DEL AGRESOR. Si de autos aparece que el inculpado fue herido en un brazo en virtud del disparo que le hizo su agresor con una escopeta, el hecho de que éste, no obstante que accioné nuevamente el gatillo, no haya podido realizar otro disparo en contra de aquél, por una posible falla de la escopeta o del cartucho, de ninguna manera puede interpretarse como que ya había cesado el peligro, si no quedó determinado si no hubiera podido efectuarse un nuevo disparo de haberse jalado otra vez el gatillo; pero aun suponiendo que efectivamente con la mencionada escopeta ya no hubiera podido realizarse otro disparo, dado el modo que sucedieron los hechos, el inculpado no podía adivinar que no iba a funcionar el arma referida, máxime porque ya había sido herido con la misma y no quedaba duda de las intenciones de su agresor, por lo que sería injusto exigirle que en esos momentos actuara en una forma reflexiva o serena para que analizando detenidamente esa circunstancia considerara que el peligro había cesado.

Amparo directo 2938/79. Hilario Pitalúa Cruz. 19 de enero de 1982. Cinco votos. Ponente: Tarsicio Márquez Padilla. Secretario: Enrique Cerdán Lira.²⁴⁰

En referencia al último criterio jurisprudencial, cabría diferenciar si materialmente el agresor tenía la posibilidad material de proseguir el ataque o si las circunstancias se lo impedían, por ejemplo, porque el arma se había encasquillado, pues solo en el primer supuesto estaríamos verdaderamente ante una legítima defensa, mientras que en el segundo supuesto estaríamos ante un error sobre la justificación.

Como se puede apreciar, los criterios para determinar la actualidad o inminencia de una agresión es un tanto casuística, por lo que se necesitará analizar con detenimiento las circunstancias que rodearon al hecho para determinar la justificación de la conducta o la confirmación de su antijuridicidad y pasar al análisis de la culpabilidad por la posibilidad de algún error sobre la justificación.

En el otro extremo, cuando cesa la agresión deja de operar la legítima defensa, porque se excluye el requisito de actualidad previsto por el legislador y ello tiene las siguientes consecuencias:

Primero, los resultados posteriores a la cesación de la agresión no se justifican y serán considerados como injustos; en este sentido, la siguiente tesis jurisprudencial:

²³⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, t. IV, segunda parte-2, julio-diciembre de 1989, p. 729.

²⁴⁰ *Ibidem*, Séptima Época, Sala Auxiliar, vols. 157-162, séptima parte, p. 31.

LEGÍTIMA DEFENSA, INEXISTENCIA DE LA. La reacción defensiva efectuada cuando ya se habían consumado el ataque y el peligro que se pretende la motivaron, no puede considerarse como legítima defensa ni exime de responsabilidad penal al agente activo del delito.

Sexta Época: Amparo directo 5054/56. José Luis Escotto López. 10 de julio de 1957. Cinco votos.

Amparo directo 3067/60. Félix Cortés Martínez. 13 de octubre de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 1726/61. Miguel Lares Jaques. 15 de junio de 1961. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 5619/61. Amancio Romero Orta. 6 de abril de 1962. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 1133/62. Mario Elizondo García. 9 de julio de 1962. Unanimidad de cuatro votos.²⁴¹

Segundo: las conductas posteriores a la cesación de la agresión se deben considerar como actos de venganza constitutivos de delito. Así se determina en el siguiente criterio de jurisprudencia:

LEGÍTIMA DEFENSA, INEXISTENCIA DE LA. Los actos ejecutados en contra del ofendido con posterioridad a la consumación de la agresión realizada por éste no pueden ya estimarse como evitativos que justifiquen legítima defensa, sino actos de represalia o venganza cuya ilegalidad impide que la responsabilidad penal se excluya por tal concepto.

Sexta Época: Amparo directo 2838/56. Eulogio Pantaleón Juárez. 27 de agosto de 1957. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 4922/57. Antonio Aguilar Xopa. 18 de enero de 1958. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 1434/57. José Molina González. 4 de febrero de 1958. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 2804/56. Vicente Cortés. 8 de julio de 1958. Cinco votos.

Amparo directo 4720/58. José Avila Tapia. 27 de octubre de 1958. Cinco votos.²⁴²

Este último sería el criterio aplicable en el supuesto de la persona que fue golpeada injustamente y al día siguiente busca a su agresor para darle una paliza e incluso privarle de la vida, pues es claro que las lesiones o la muerte constituyen un acto de venganza no amparado por la legítima defensa, porque la actualidad de la agresión había terminado el día anterior.

Especial atención merecen los supuestos de robo, pues la agresión no culmina cuando el ladrón se apodera de la cosa mueble, sino hasta el momento en que esta sale del dominio del propietario, por lo que si el ladrón va huyendo con la billetera, el propietario tiene derecho a seguirlo y tratar de recuperar su dinero, y las lesiones que eventualmente cause estarán amparadas por la

²⁴¹ Tesis 193, *Apéndice de 1995*, Sexta Época, Primera Sala, t. II, parte SCJN, p. 110.

²⁴² Tesis 194, *Apéndice de 1995*, Sexta Época, Primera Sala, t. II, parte SCJN, p. 110.

legítima defensa. Pero si el ladrón logró escapar y unas horas después, por casualidad, se vuelven a encontrar ladrón y víctima, la agresión dejó de ser actual.²⁴³

E. Sin derecho

La actuación con derecho puede excluir la tipicidad de la conducta, como sucede con el actuario que llega a embargar los bienes señalados por el juez o la detención que realiza el policía ministerial en cumplimiento de la orden de aprehensión librada por el juez, en cuyo caso no procederá la legítima defensa del dueño de la cosa o del detenido.

Cabría preguntarse si ¿procede la legítima defensa frente a una conducta-típica del agresor o solo se aplica frente a una conducta-típica y antijurídica? La legítima defensa solo procede contra una agresión injusta (conducta-típica y antijurídica), por lo cual no se justifican las conductas para repeler conductas típicas amparadas por una causa de justificación.²⁴⁴ Si esto es así, entonces tampoco procede legítima defensa contra conductas lícitas, ni aquellas que pudiendo parecer típicas pero resultan ser atípicas, por faltar alguno de los elementos objetivos, normativos o subjetivos de la conducta-típica.

Siguiendo con los supuestos de exclusión de la legítima defensa frente a conductas atípicas, encontramos el siguiente criterio de jurisprudencia:

LEGÍTIMA DEFENSA Y CASO FORTUITO, EXCLUYENTE DE. DISTINCIÓN. Las excluyentes de responsabilidad a que se refieren las fracciones X y III del artículo 15 del Código Penal, o sea el caso fortuito y la legítima defensa, se contraponen ostensiblemente, pues en la legítima defensa la conducta desplegada por el agente es ilícita aunque la ley no la sancione como tal y en el "caso fortuito" el daño se causa por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho ilícito con todas las precauciones debidas, según lo establece el código punitivo; en otras palabras, la licitud del acto determina la diferencia entre una institución y la otra, además de la intención manifiesta y necesaria en la legítima defensa y la ausencia de dicha intención en el caso fortuito.

Amparo directo 1739/72. Genaro Reyes González. 4 de septiembre de 1972. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ernesto Aguilar Álvarez.²⁴⁵

Aunque sigue siendo cuestionable la sistemática aplicada en el criterio citado, consideramos que efectivamente la ausencia de dolo y culpa en los supuestos de caso fortuito excluye su tipicidad y, por tanto, contra esa conducta no procede la legítima defensa.

Respecto a las conductas típicas pero justificadas, podemos pensar en el padre de familia que llega al cruce de una avenida con su hijo muy grave en

²⁴³ En este sentido, *cfr.* Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., 3a. ed., esp. pp. 431 y ss.

²⁴⁴ *Cfr. Ibidem*, 3a. ed., esp. pp. 430 y ss.; Roxin, *Derecho penal...*, cit., p. 615.

²⁴⁵ *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Primera Sala, vol. 45, segunda parte, p. 29.

brazos y pide al dueño de un coche que lo lleve al hospital, pero este se niega, por lo que el padre saca una pistola y lo obliga a llevarlo. En una situación como esta, la conducta del padre es típica (robo de uso del artículo 380 del CPF), pero está amparada por la causa de justificación del estado de necesidad justificante, y ello impide que el dueño del automóvil pueda defenderse legítimamente, dado su deber general de tolerancia.²⁴⁶

F. Bienes propios o ajenos

Debido a que uno de los principios de la legítima defensa es la protección individual, quien se defiende solo podrá actuar para proteger bienes propios o de otro que así lo quiera. Por tanto, no están amparadas por esta causa de justificación ni la defensa de bienes colectivos ni de los bienes de otro que no acepta la defensa; así sucedería en el caso de quien ve que un grupo de jóvenes está cortando los cables de luz de la colonia contigua (bienes colectivos) y trata de evitarlo disparándoles con la pistola causando lesiones a uno de ellos. Respecto a la defensa de los bienes de otro, si Antonio ve a Macedonio pegándole a Juana, y al tratar de intervenir escucha a la mujer que le dice *¡Usted no se meta!* y, haciendo caso omiso le da un puñetazo al cobarde de Macedonio y le fractura la nariz, dicha conducta de lesiones tampoco cumple con los requisitos de la legítima defensa, dado que el titular de la salud (Juana) se ha negado a su protección y, en consecuencia, la conducta de Antonio no está justificada.²⁴⁷

G. Necesidad de defensa

Es conveniente recalcar que la legítima defensa solo procede cuando no hay ninguna autoridad del Estado que pueda resguardar el bien, pues en caso contrario no estará justificada la conducta. Así se determinó en la siguiente tesis de jurisprudencia:

LEGÍTIMA DEFENSA, PREVISIBILIDAD DE LA AGRESIÓN EN LA. Aun cuando se diera por establecida la hipótesis, no aceptada ni probada, de que la víctima hubiera disparado primeramente hacia el acusado, si éste, por elemental prudencia, con criterio ponderado, con toda dignidad, sin exponerse al menosprecio público y sin menoscabo de su entereza, pudo esperar, aun en el caso de que no se encontrara el delegado del Ministerio Público del lugar, para hacer de su conocimiento hechos cometidos en agravio de su hermana, y si por el contrario, acudió a buscar a su víctima yendo armado y sabiendo que ésta posiblemente también se encontraba armada, obviamente se demuestra que la agresión era previsible de su parte y estaba a su alcance evitarla por los medios legales de que disponía y si no hizo uso de ellos por su actitud irreflexiva y por la confian-

²⁴⁶ Roxin, *Derecho penal...*, cit., pp. 287, 602 y 614; Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., 3a. ed., pp. 415 y 421.

²⁴⁷ Para otras opiniones, cfr. Roxin, *Derecho penal...*, cit., esp. pp. 608 y ss.

za en el arma que ilegalmente traía, debe concluirse que fueron las causas que engendraron la ilicitud de una conducta, no acorde con el respeto a las normas legales.

Amparo directo 2435/66. Everardo Murillo Martínez. 30 de agosto de 1971. Cinco votos. Ponente: Alfonso López Aparicio.²⁴⁸

Con este criterio no solo se confirma la improcedencia de la legítima defensa cuando existen medios legales y autoridades presentes para defender al ciudadano, sino también se reafirma el principio general “nadie debe hacerse justicia por propia mano”.

H. Proporcionalidad

La proporcionalidad se mide de acuerdo con la equivalencia de la agresión con la repulsa, como queda establecido en el siguiente criterio de jurisprudencia:

LEGÍTIMA DEFENSA, PROPORCIONALIDAD EN LA. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN). Una sana interpretación de la disposición contenida en el artículo 12, fracción IV, primer párrafo, del Código Penal del Estado de Michoacán, acerca de que ha de ser proporcionada la defensa que se haga de bienes jurídicos propios o ajenos, para superar un estado de peligro actual o inminente, que no se pueda evitar, derivado de una agresión injusta, debe ser, no en el sentido de que para la repulsa del ataque se utilice un medio similar al de agresor, sino en el de que el medio empleado sea capaz de ocasionar un daño análogo al que pudiera sufrirse por el uso por el atacante, según las circunstancias del evento y las habilidades personales de los sujetos participantes en el mismo.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO

Amparo en revisión 299/90. Narciso Bravo Hernández. 26 de febrero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Héctor Federico Gutiérrez de Velasco Romo. Secretario: Antonio Rico Sánchez.²⁴⁹

Para la valoración entre la equivalencia del medio empleado para repeler la agresión, será nuevamente útil la perspectiva *ex ante*, colocándonos hipotéticamente en la situación del agredido en el momento previo del ataque y podremos valorar si era proporcional el medio empleado para la defensa. Así, la proporcionalidad no se mide materialmente, por ejemplo: pistola vs. pistola, sino contextualmente, de tal forma que si el agresor tiene un *bate* de madera y el agredido tiene una pistola, podría considerarse proporcional el uso de la pistola si las circunstancias indican que resultaba más peligroso el *bate* en manos del atacante, alto y fornido, frente a la víctima, débil y sin entrenamiento en el uso de armas de fuego.

Una valoración *ex post* nos podría indicar que el agredido se equivocó y utilizó un medio desproporcionado para la repulsa, lo cual podría excluir la

²⁴⁸ *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Sala Auxiliar, vol. 32, séptima parte, p. 65.

²⁴⁹ *Ibidem*, Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, t. VII, abril de 1991, p. 196.

legítima defensa como causa de justificación, pero todavía faltaría analizar si la falsa percepción encuadra en el error sobre la justificación que se analiza en la culpabilidad.

I. *Ausencia de provocación*

Quien inicia la situación antijurídica de conflicto entre bienes no podrá justificar sus conductas posteriores acudiendo a la legítima defensa. Así, cuando el propietario va a subir a su auto y es obstruido por un tercero que no le permite abordar, si el propietario le da un puñetazo y el tercero lo esquivo y responde con un golpe a la mandíbula noqueando al propietario, dicho tercero no podrá argumentar legítima defensa frente al propietario del auto, debido a que él fue quien propició la situación antijurídica.

De igual forma, si Julián y Marco están en un bar y el primero empieza a insultar y agrede físicamente a Demóstenes porque lo vio feo, y este le responde a la agresión, Marco no podrá intervenir justificadamente por legítima defensa, dado que Julián fue quien provocó a Demóstenes.

Mayor dificultad ofrecen los supuestos en los que el sujeto ofende con palabras, ademanes, gestos o sonidos a otro que responde con una agresión física, y el ofensor se ve en la necesidad material de defenderse. Así, por ejemplo, si un conductor le toca el claxon a otro que se le cerró para *recordarle a su progenitora* y el conductor ofendido se baja con una pistola en mano y apunta para dispararle al ofensor, quien consigue disparar y lo mata. Aquí la solución se tiene que sustentar en la concepción del honor que hemos afirmado, pues aunque la ofensa con sonidos puede lastimar la sensibilidad del ofendido, su reacción es tan desproporcionada que no puede estar justificada, y por tanto se debe considerar antijurídica, dando paso a la posibilidad de que el ofensor de palabra pueda defenderse legítimamente.

2. CONSIDERACIONES ESPECIALES EN TORNO A LA LEGÍTIMA DEFENSA

La legítima defensa plantea algunas dudas que considero necesario aclarar.

A. *Defensa del hogar o dependencias*

El valor que representa el hogar como espacio vital para la vida de cualquier persona es tan importante que el legislador mexicano ha dispuesto expresamente la justificación de su defensa en el párrafo 2o. de la fracción IV del artículo 15 del CPF²⁵⁰ en los términos siguientes:

²⁵⁰ También se encuentra expresamente reconocida en el artículo 20, 4o., primero, del Código Penal español de 1995. Para su análisis, *cfr.* Mir Puig, Santiago, *Derecho penal...*, cit., 3a. ed., esp. p. 428.

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

IV...

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

Se debe recalcar la frase "se presumirá" que utilizó el legislador mexicano en la regulación de la legítima defensa del hogar, lo cual implica que dicha causa de justificación procederá salvo prueba en contrario, y será el Ministerio Público quien tendría que desacreditarla con pruebas que demuestren que no se verificó alguno de los requisitos allí señalados.

Sobre el particular, también podemos citar el siguiente criterio de jurisprudencia:

LEGÍTIMA DEFENSA EN LUGAR HABITADO DURANTE LA NOCHE, PRESUNCIÓN DE LA. El párrafo sexto de la fracción III del artículo 15 del Código Penal, dispone: "Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, respecto de aquél que durante la noche rechazare, en el momento mismo de estarse verificando, el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño causado al agresor". La nocturnidad a que se refiere la presunción de legítima defensa contenida en el precepto transcrito debe apreciarse en relación con la existencia o no de luz solar, además de la hora de realización de los hechos que hagan presumir tal nocturnidad. Respecto al escalamiento a que se refiere el propio precepto legal es evidente que no debe limitarse únicamente en sorprender al ofensor subiendo una barda, pared o reja, sino latamente en la entrada del ofensor por vía no destinada al efecto, empleando medios extraordinarios para vencer el obstáculo opuesto de estar cerrado el lugar en que ocurrieron los hechos.

Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

Amparo en revisión 131/79. Pedro Juárez Arteaga. 31 de octubre de 1979. Unanimidad de votos. Ponente: Aulo Gelio Lara Erosa. Secretaria: Elvira Díaz de León de López.

Nota: En el Informe de 1979, la tesis aparece bajo el rubro "LEGÍTIMA DEFENSA. PRESUNCIÓN DE LA".²⁵¹

Es fundamental resaltar lo dispuesto por el legislador, que no solo justifica la legítima defensa del hogar cuando el delincuente ha penetrado, sino desde que lo intenta, y ello fue materia de análisis en el criterio jurisprudencial antes citado, en donde las condiciones de tiempo, lugar y ocasión permitieron justificar la conducta. Pero ello no excluye el posible error del propietario en

²⁵¹ *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, vols. 127-132, sexta parte, p. 93.

situaciones en las que todo parecía indicar que un tercero iba a entrar en su propiedad, pero que en realidad nunca pretendió tal, por ejemplo, porque el presunto agresor andaba borracho y solo estaba detenido de la puerta de la casa para evitar caerse o porque se trataba de jóvenes que estaban jugando en la oscuridad y uno se estaba escondiendo detrás del muro de la morada. En dichos casos quedaría excluida la legítima defensa del hogar y tendríamos que analizar en la culpabilidad si pudiera proceder el error sobre la justificación.

La causa de justificación en comento se extiende a las dependencias del hogar, las cuales quedan delineadas en el siguiente criterio de jurisprudencia:

ALLANAMIENTO DE MORADA. DEPENDENCIAS DE LA. Es ineficaz que las ventanas de la vivienda tengan o no protecciones y que ello haga imposible que el día del evento haya podido introducirse el quejoso al domicilio, pues se soslaya que el ilícito de allanamiento de morada no sólo tutela la vivienda o habitación en sí, sino también las dependencias de una casa habitada, como lo son el garage, pasillos, patio, etcétera.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO. (ANTES TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SÉPTIMO CIRCUITO).

Amparo directo 767/91. Gerónimo Moreno Alonso. 21 de octubre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Adriana Alicia Barrera Ocampo. Secretaria: Lilia Rodríguez González.²⁵²

En este sentido, para Muñoz Conde las dependencias incluyen las cuadras, corrales, garajes, jardines, etcétera, siempre que estén directamente conectadas con la morada.²⁵³

Por último, la legítima defensa también se presume cuando se trata del hogar de familiares o de personas con respecto a las cuales se tenga la misma obligación, y ello se extiende hasta las dependencias de dichos terceros.

B. *¿Elementos subjetivos de la defensa?*

Un problema muy debatido gira en torno al “conocimiento” de las circunstancias de la legítima defensa por parte del agredido y si este necesita tener el “ánimo o deseo” de defenderse.

El conocimiento de las circunstancias de la legítima defensa lo podemos ejemplificar de la siguiente forma: Juan Luis, al entrar a una cantina, ve a su enemigo Manuel de espaldas con otros amigos y sin mediar palabra le dispara y lo mata. En principio podríamos sostener una conducta típica de homicidio calificado, pero si durante las constancias procesales se logra demostrar que Manuel también estaba armado y unos momentos antes le había comentado a sus amigos que mataría a Juan Luis, para lo cual ya tenía empuñada el arma

²⁵² *Ibidem*, Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, t. X, octubre de 1992, p. 269.

²⁵³ Cfr. Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal, parte especial*, 18a. ed., México, Tirant lo Blanch, 2010, p. 287.

y había cortado cartucho, entonces podríamos sostener que las circunstancias materiales de la legítima defensa estaban presentes; pero el problema radica en que Juan Luis no tenía conocimiento de si estaban presentes todos los elementos para justificar la conducta. Si como hemos sostenido, la aplicación de las causas de justificación procede cuando se cumple con todos los requisitos previstos por el legislador y si el conocimiento no es uno de elementos expresamente requeridos, en consecuencia tendremos que sostener que sí procede la justificación aunque el sujeto desconociera que estaba en ese supuesto.²⁵⁴

El desconocimiento de la existencia de los presupuestos de la legítima defensa por el sujeto es el lado opuesto de la legítima defensa putativa, en la cual el autor cree erróneamente que se dan esos presupuestos; por ejemplo, cuando dispara y mata al ladrón que le amenazaba con una pistola aparentemente verdadera, pero realmente era de utilería o falsa. Como manifesté, no podemos justificar el hecho porque desde el punto de vista material no hay proporcionalidad de los medios empleados para repeler, y la falsa creencia del autor es un problema que debe resolverse en sede de culpabilidad en la figura del error sobre la justificación.

Reiteramos que los ánimos, fines o deseos del sujeto que se defiende (ánimo de defensa o deseo de venganza) son irrelevantes para justificar la conducta típica por legítima defensa, ya que ello no está contemplado en la fracción IV del artículo 15 del CPF.

C. La huida

La huida puede revestir dos modalidades: huida del agresor o huida del agredido. Antes de resolver ambas situaciones debemos recordar que solo procede la justificación de la conducta típica por legítima defensa cuando la agresión era actual y había racionalidad del medio empleado para repelerla.

De esta forma, sí la agresión ya cesó y el agresor se retira, pero luego el agredido lo alcanza para desquitarse, como ya lo habíamos manifestado, ya no procedería la legítima defensa del agredido, porque faltaría el elemento "actual", y las lesiones o muerte causadas por el desquite serían constitutivas de un injusto de lesiones o de homicidio respectivamente.

Por otra parte, si la agresión cesó y, desde una perspectiva *ex ante*, resultaba claro que ya no era necesario hacer frente al agresor porque hubiera bastado con retirarse del lugar, entonces no podríamos sostener la legítima defensa debido a que faltaría tanto la actualidad como la racionalidad de los medios, pues quien prefiere encarar al agresor en vez de retirarse del lugar (huir) está

²⁵⁴ Algunos autores consideran que es necesario el conocimiento de las circunstancias y resuelven el problema atenuando la pena o considerándola como una tentativa. Cfr. Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., 3a. ed., esp. p. 436.

defendiendo propiamente su honor y orgullo para no ser considerado como un cobarde. Pero, si por el contrario, desde una perspectiva *ex ante*, hubiera circunstancias que indicaran que seguía latente el peligro, por ejemplo, porque el agresor no estaba huyendo sino que iba por un arma para proseguir con el ataque, entonces podríamos sostener la actualidad y racionalidad de los medios para aplicar la citada causa de justificación. Así, en el supuesto de una persona que da un puñetazo a otro y le dice: *ya lárgate, mariquita* y no existen indicios de que el agresor iba a continuar con la agresión, el agredido tendría dos vías: una sería acudir a las autoridades para denunciar los hechos que son constitutivos del delito de lesiones y la otra encarar al agresor e intercambiar golpes, en cuyo supuesto estaríamos propiamente frente a una riña. Solo si se pudiera determinar que el ofensor proseguiría con la agresión, entonces podríamos aplicar la legítima defensa.

Contra una concepción como la antes descrita se podría argumentar que la cultura e ideología de los mexicanos de defender su honor es tan importante que puede justificar la respuesta a la ofensa; pero no olvidemos que las causas de justificación son excepciones que hace el legislador a conductas consideradas en principio como prohibidas; por ello, reconocer la procedencia de la legítima defensa cuando se podía huir sin riesgo, implicaría un criterio muy riesgoso para la precaria seguridad que vivimos en este país.

D. La riña

Como señalamos, la riña excluye la legítima defensa debido a que ambos contendientes han aceptado la disputa, tal como se puede comprobar en las siguientes tesis de jurisprudencia:

1) LEGÍTIMA DEFENSA, NO ES ADMISIBLE EN LOS CASOS DE RIÑA. En los casos de riña, por regla general, no es admisible la excluyente de legítima defensa, si se atiende a que la proposición de la pelea y su aceptación, ponen a ambos contendientes, en el mismo plano de ilicitud.

Quinta Época: Amparo directo 3973/41. García Martínez Santos. 29 de octubre de 1941. Cinco votos.

Amparo directo 1319/41. Ponce Paz Pedro. 3 de marzo de 1942. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 9045/41. Durán Dionisio. 27 de abril de 1942. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 1401/42. Quintero Crescencio. 12 junio de 1942. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 2306/42. Vázquez Vázquez Adrián. 12 de junio de 1942. Unanimidad de cuatro votos.²⁵⁵

2) RIÑA, EXCLUYE LA LEGÍTIMA DEFENSA. Para que la legítima defensa exista, se requiere que el agredido repela una agresión actual, inminente, violenta y sin

²⁵⁵ Tesis 196, *Apéndice de 1995*, Quinta Época, Primera Sala, t. II, parte SCJN, p. 111.

derecho; y tratándose de riña, la inminente agresión no puede existir, ya que tal concepto implica la imposibilidad de eludir el peligro, y en la riña se prevé la agresión y se puede fácilmente evitarla, por otros medios legales.

Quinta Época: Tomo IV, pág. 944. Amparo directo. López Celso. 30 de abril de 1919. Unanimidad de nueve votos.

Amparo directo 2060/30. Román Aurelio. 12 de agosto de 1931. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 20/32. Chávez Jerónimo. 23 de agosto de 1933. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo en revisión 484/34. Domínguez Juan M. 3 de julio de 1935. Cinco votos.

Amparo directo 5003/33. Peláez Villa Ángel. 21 de enero de 1938. Unanimidad de cuatro votos.²⁵⁶

Conforme al criterio anterior, si no hubo previo acuerdo en la pelea no puede haber riña y, por ende, cuando alguien empieza a ser atacado sin razón, su repulsa no puede ser considerada como riña.

E. Exceso en la legítima defensa

Conocidas todas las características generales de la legítima defensa, podemos establecer que la ausencia de sus características fundamentales hace improcedente la justificación de la conducta; pero cabría preguntarse cuál sería el criterio aplicable si solo se cumplen parcialmente algunas de las características antes analizadas. Nos referimos al exceso en la legítima defensa, situación que es aclarada en la siguiente tesis de jurisprudencia.

LEGÍTIMA DEFENSA, EXCESO EN LA. El exceso en la legítima defensa sólo se configura cuando la repulsa lícita de la agresión va más allá de lo necesario para evitar el peligro que ésta implica.

Sexta Época: Amparo directo 4345/59. Ciro García Rodríguez. 11 de noviembre de 1959. Cinco votos.

Amparo directo 7450/59. Carlos Romo Andrade. 17 de marzo de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 434/60. José Zavala Guzmán. 6 de abril de 1960. Cinco votos.

Amparo directo 6859/60. Heriberto Rodríguez Díaz. 24 de febrero de 1961. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 3027/61. Ángel Ramírez Montoya. 28 de julio de 1961. Unanimidad de cuatro votos.²⁵⁷

Así, recurriendo de nuevo a la perspectiva *ex ante*, si se considera que fue desproporcionado el disparar contra la persona porque la agresión no era tan grave, entonces estaremos ante un exceso en la legítima defensa, la cual está prevista en el CPF en los términos siguientes: "Artículo 16. Al que se exceda

²⁵⁶ Tesis 991, *Apéndice de 1995*, Quinta Época, Primera Sala, t. II, parte HO, p. 621.

²⁵⁷ Tesis 190, *Apéndice de 1995*, Sexta Época, Primera Sala, t. II, parte SCJN, p. 109.

en los casos de defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones IV, V, VI del artículo 15, se le impondrá la pena del delito culposo”.

En citado precepto implica una reducción de la pena de hasta una cuarta parte de la prevista para el delito doloso, lo cual es muy considerable.

III. ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE

El CPF regula el estado de necesidad en los siguientes términos:

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

La fracción antes transcrita contempla el conflicto entre bienes de distinto valor y el que se verifica entre bienes iguales; en el primero se salva el bien que vale más en detrimento del menos valioso y por ello podemos sostener que la conducta típica se justifica por un estado de necesidad, lo cual no podríamos afirmar cuando los bienes tenían el mismo valor; por ello, consideramos que en dicha fracción se contempla una causa de justificación cuando el bien salvado es de mayor valía (estado de necesidad justificante) y una causa de exclusión de la culpabilidad cuando los bienes son de igual valor (estado de necesidad exculpante), y aunque ambos excluyen el delito, su análisis y argumentación son distintos; en este apartado solo nos ocuparemos del primero y dejaremos para la culpabilidad el análisis del segundo supuesto.²⁵⁸

El aborto terapéutico es el supuesto más citado en la doctrina como representativo del estado de necesidad justificante, en el cual la vida de la madre corre peligro de muerte si continúa con el embarazo, y, por ello, existe un conflicto entre la vida de la madre y la del *nasciturus*. Tradicionalmente se ha considerado que la vida de la madre tiene mayor valor frente al *nasciturus*,

²⁵⁸ En este sentido, Gimbernat Ordeig considera que ambos salvamentos deben justificarse, porque de lo contrario en el supuesto de salvar un bien en detrimento de otro de igual valía (generalmente llamado estado de necesidad exculpante) se tendría que decir que solo el hecho no se justificó (injusto) y el delito se excluyó por no configurarse la culpabilidad del autor, pero si concurrió la actuación de un partícipe (por ejemplo quien prestó el arma), entonces, al haber participado en un hecho injusto, y como la culpabilidad solo afecta o beneficia al autor en el que concurre, entonces el partícipe sí habría cometido un delito, y, por tanto, sería sancionado, lo cual sería contrario al principio de justicia material. Cfr. del autor citado, “Justificación y exculpación en derecho penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)”, en *Justificación y exculpación en derecho penal (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal)*, Madrid, Centro de Estudios Judiciales, 1995, esp. pp. 63-71; Roxin, *Derecho penal...*, cit., esp. p. 671.

y se justifica la conducta del médico que practica el aborto por un estado de necesidad justificante.

Sin embargo, en la doctrina española la discusión ha ido más lejos en la argumentación y ello ha dado lugar a dos posturas. Algunos autores parten del reconocimiento de la vida como derecho fundamental reconocido en la Constitución Española de 1978, por lo que el conflicto entre la vida de la madre y la vida del *nasciturus* es entre bienes de igual valor, que conlleva a un estado de necesidad exculpante cuyo análisis corresponde a la culpabilidad. En cambio, otros autores mantienen la solución del estado de necesidad justificante, al considerar que el *nasciturus* solo tiene una esperanza de vida y es hasta que nace cuando se convierte en persona y adquiere la plena protección constitucional como vida. La discusión no es intrascendente, porque si consideramos que la muerte del *nasciturus* está justificada por un estado de necesidad, ello no solo excluiría el injusto de la conducta típica de la madre que consintió el aborto, sino también la del médico y todos los partícipes, como son las enfermeras y el anestesiólogo. En cambio, las causas de exculpación solo afectan o benefician al sujeto en el que concurren, por lo cual, si resolvemos el problema en sede de culpabilidad, solo quedaría exculpada la conducta de la madre, pero no necesariamente la del médico o la de los demás participantes, lo cual nos llevaría a soluciones totalmente contrarias al principio de justicia material.

Para evitar este tipo de discusiones teóricas, el legislador mexicano ha decidido incluir en el CPF el precepto siguiente: "Artículo 334. No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada o el producto corran peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuera posible y no sea peligrosa la demora".

Dicha regulación nos lleva a una solución a través de la excluyente de punibilidad que impide sancionar al médico que practica el aborto, quien de ser posible debe consultar a otro colega; solución que político-criminalmente parece acertada, dado el alto índice de abortos que se practican en el país, así lo reflejan los siguientes datos:

El número total estimado de abortos inducidos en 2006 fue de 875,000; y la tasa de aborto fue de 33 por 1,000 mujeres de 15-44 años. Entre 1990 y 2006, la tasa de aborto aumentó en 33% (de una tasa de 25). La severidad de la morbilidad debida al aborto inseguro disminuyó (como se observó a través de estancias más cortas en el hospital), pero no bajó así la tasa anual de hospitalización —que fue de 5.4 por 1,000 mujeres en 1990 y 5.7 en 2006—. La tasa de aborto fue similar al promedio nacional en tres regiones (34-36 abortos por 1,000 mujeres), pero fue sustancialmente menor en una de ellas (25 en la región Sureste).

En México, las complicaciones derivadas del aborto inseguro son la quinta causa más importante de mortalidad materna (lo que representa un 6-8% de

las muertes relacionadas con el embarazo); sin embargo, dado el sub registro de muertes maternas en general y de muertes por aborto en particular, esta proporción podría ser más grande.²⁵⁹

Precisamente porque muchas de las mujeres que abortan no tienen la posibilidad de acudir a un médico que les asista, consideramos necesario manifestar nuestra postura, en la cual sostenemos que frente al aborto terapéutico estamos ante un estado de necesidad justificante, dado que el *nasciturus* todavía no alcanza las condiciones para ser considerado como una persona nacida, tan es así que el CPF contempla penas muy distintas para el aborto y para el homicidio, lo cual nos indica que, desde una interpretación sistemática, jurídicamente se valora más la persona ya nacida (madre) que la del feto (*nasciturus*). Ello con independencia de las graves consecuencias familiares y sociales que implicaría la muerte de la madre. Todo lo anterior se puede ver reflejado en el caso siguiente:

En el municipio de Yahualica, Hidalgo, María S., madre de dos hijos (cinco y dos años de edad) y en espera de un tercero (tres meses de embarazo), le manifestó a su hermana Margarita S. que le hacía falta la respiración y se sentía muy mal; acto seguido ambas fueron al Centro de Salud de la localidad, donde fue recibida por el médico residente de guardia, quien al tomarle la presión y los signos vitales le refirió que presentaba signos de una cardiopatía severa que hacían necesario practicarle el aborto de inmediato; lamentablemente en el lugar no contaban con los aparatos quirúrgicos necesarios para practicarlo y ya no daba tiempo para trasladarla al Hospital General de Pachuca, situación ante la cual la mujer, pensando en lo indispensable que era para sus pequeños hijos, decidió arriesgarse y pedirle al médico que le practicara el aborto. Afortunadamente no hubo complicaciones y el facultativo logró salvarle la vida, pero al llegar el marido de la mujer, Juan V., montó en cólera, insultó a su esposa y fue a denunciar los hechos ante el Ministerio Público, funcionario que ejercitó acción penal en contra de Margarita S. por el delito de aborto consentido ante el juez penal del Distrito Judicial de Huejutla de Reyes, Hidalgo. Lo anterior a pesar de que el Código Penal del Estado de Hidalgo contempla que: "Artículo 158. El aborto no será punible:... III. Cuando de no haberse provocado el aborto, la mujer hubiere corrido grave peligro en su salud; o".

Aunado a lo anterior, dicho ordenamiento contempla el estado de necesidad justificante en el artículo 25, fracción IV, en los mismos términos del CPF.

Con independencia del tradicional caso del aborto terapéutico, existen otros casos cuya solución se puede encontrar en el estado de necesidad justificante.

²⁵⁹ Juárez, Fátima *et al.*, "Estimaciones del aborto inducido en México: ¿qué ha cambiado entre 1990 y 2006?", *Revista de Perspectiva Internacional en Salud Sexual y Reproductiva*, México, núm. especial, 2009, p. 4.

Así, en la ciudad de Salamanca, Guanajuato, un niño se asomó por la ventana de su casa y pidió auxilio debido a que un extraño tenía encerrado a su hermano en una de las habitaciones. Juan Pablo L. y Ramón C., vecinos del lugar, acudieron en su auxilio rompiendo la puerta de entrada a la casa y del dormitorio, logrando someter al intruso, quien resultó tener afectadas sus facultades mentales. Posteriormente llegaron elementos de seguridad pública municipal y los padres de los niños, quienes lejos de agradecer a los vecinos su intervención, pidieron de inmediato a los policías que los detuvieran porque rompieron las puertas de la casa y entraron sin su consentimiento, además presentaron su denuncia de hechos ante el Ministerio Público, quien ejercitó acción penal en contra de Juan Pablo L. y Ramón C. por los delitos de daños en propiedad ajena y allanamiento de morada. Con independencia de que los criterios hasta aquí desarrollados nos harían dudar si efectivamente estamos ante una conducta típica por exclusión del fin de la norma, lo que es indiscutible es que la conducta de los vecinos estaba justificada por un estado de necesidad justificante.

1. LOS BIENES

Como ya apuntamos al inicio de este capítulo, la procedencia del estado de necesidad justificante depende del salvamento de un bien de mayor valía. Esto conlleva al problema de la valoración sobre el bien, porque una persona puede pensar que su bien es muy valioso frente a otro. El ejemplo clásico de la doctrina alemana es el de la mujer con el abrigo muy costoso que arrebató el paraguas a una mujer de escasos recursos para proteger su patrimonio. Si pensamos en lo anterior, podemos considerar que el abrigo puede tener un valor económico muy alto y la indumentaria de la mujer pobre valga muchísimo menos, pero aquí la valoración material no es la que procede aplicar, sino que se trata de un derecho de propiedad que tiene la mujer pobre sobre el paraguas, el cual no puede sucumbir frente a la necesidad de la mujer rica. Evidentemente que esto nos ha llevado a una valoración, pero debemos tener cuidado con los posibles subjetivismos, pues por esa vía también podríamos incurrir en errores; por ejemplo, si una persona considera que su perro es el motivo de su existencia y por ello mató a la persona que iba a privar de la vida a dicho animal, esa valoración no es válida, ya que la vida del ser humano será siempre más valiosa que la de cualquier otro ser vivo y no puede proceder ninguna justificación. Por ende, la valoración sobre los bienes tiene que realizarse conforme a expectativas *ex ante*,²⁶⁰ desarrolladas conforme a las tradiciones y percepciones de los miembros de la sociedad mexicana y no sobre la base de valoraciones subjetivas del autor.

²⁶⁰ En este sentido, *cfr.* Roxin, *Derecho penal...*, *cit.*, p. 677.

Especial consideración merece el conflicto entre vidas humanas, como sucede en los supuestos en los que existe un peligro para varias vidas humanas frente a una o unas cuantas; así sucedería cuando un microbús se queda sin frenos y el conductor evita arrollar a la multitud girando el volante a la izquierda donde está solo una persona. El conflicto aquí planteado no se puede resolver por la vía del estado de necesidad justificante, porque eso supondría valorar la vida por el número de personas y eso es inadmisibles, porque tanto vale la vida de uno como la de muchos. Con igual criterio se solucionan los supuestos en que el conflicto se da entre dos vidas, pues no importa las condiciones en las que cada una se encuentra para su valoración; así, no se puede justificar la conducta de matar al niño de la calle para extraerle el corazón con el fin de salvar la vida del millonario o la del científico reconocido a nivel nacional; ni tampoco se puede valorar la vida de un enfermo conforme a su pronóstico, por lo que tanto vale la vida del enfermo terminal con un pronóstico de 30% de sobrevivencia como la de un enfermo grave con un 90% de salvación.²⁶¹ La solución a estos problemas no se debe buscar en sede de antijuridicidad, porque el hecho es injustificable.

Un problema interesante se plantea en el trasplante de órganos, porque de acuerdo con el artículo 343 de la Ley General de Salud, una persona se considera legalmente muerta cuando su cerebro ha dejado de funcionar (muerte cerebral); ello implica que los demás órganos pueden estar vivos y se puede plantear la necesidad de extraer el corazón, el hígado o los riñones para salvar la vida no solo de una, sino de varias personas. Como ya se ha visto, la solución la ha plasmado nuestro legislador en el consentimiento previo de la fracción III del artículo 15 del CPF, pero si dicho consentimiento no existe, la conducta se adecuaría al tipo previsto en la Ley General de Salud que dispone:

Artículo 462. Se impondrán de seis a diecisiete años de prisión y multa por el equivalente de ocho mil a diecisiete mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate:

I. Al que ilícitamente obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos;

II. Al que comercie o realice actos de simulación jurídica que tengan por objeto la intermediación onerosa de órganos, tejidos, incluyendo la sangre, cadáveres, fetos o restos de seres humanos;

III. Al que trasplante un órgano o tejido, sin atender las preferencias y el orden establecido en las bases de datos hospitalarias, institucionales, estatales y nacionales a que se refiere el artículo 336 de esta Ley;

IV. A los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o la procuración ilegal de órganos, tejidos y células o el trasplante de los mismos;

V. Al receptor del órgano que consienta la realización del trasplante conociendo su origen ilícito, y

²⁶¹ Cfr. *ibidem*, pp. 686-690.

VI. Al que trasplante un órgano o tejido cuando el receptor y/o donador sean extranjeros, sin seguir el procedimiento establecido para tal efecto.

En el caso de las fracciones III, IV, V y VI se aplicarán al responsable, además de otras penas, de cinco a diez años de prisión. Si intervinieran profesionales, técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud, se les aplicará, además suspensión de cinco a ocho años en el ejercicio profesional, técnico o auxiliar y hasta seis años más, en caso de reincidencia.

Artículo 462 Bis. Al responsable o empleado de un establecimiento donde ocurra un deceso o de locales destinados al depósito de cadáveres, que permita alguno de los actos a que se refieren las fracciones I, II, III, IV y V del artículo anterior o no procure impedirlos por los medios lícitos que tenga a su alcance, se le impondrá de cuatro a nueve años de prisión y multa por el equivalente de diez mil a quince mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate.

Si intervinieran profesionales, técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud, se les aplicará, además, suspensión de dos a cuatro años en el ejercicio profesional, técnico o auxiliar y hasta cinco años más en caso de reincidencia.

Se impondrá la sanción a que se refiere el presente artículo, al responsable del establecimiento de la salud que no inscriba en el Registro Nacional de Trasplantes al receptor y/o donador extranjero al que se refiere la parte final del artículo 333 de esta Ley.

Así como lo dispuesto en el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Trasplantes: "Artículo 6. En ningún caso se podrá disponer de Órganos, Tejidos y células para fines de Trasplantes, en contra de la voluntad del Donador".

Las regulaciones anteriores tienen como finalidad evitar el tráfico ilegal de órganos, lo cual no solo constituye una prohibición penal, sino también una contravención al orden jurídico en general. Por lo cual no se podría justificar por estado de necesidad la extracción del órgano de quien tiene muerte cerebral para trasplantarlo en otro para salvarle la vida, ya que para ello existen normas que prevén los requisitos y mecanismos para realizar lícitamente dicho trasplante.

Por otra parte, nuestro legislador ha establecido, expresamente la justificación del salvamento de bienes propios o ajenos y eso supone que no se encuadra en esta causa de justificación el salvamento de bienes colectivos en detrimento de bienes de particulares.²⁶²

Como anécdota nacional, en 2010 se contempló la posibilidad de sancionar penalmente a quien pagara el rescate de una persona secuestrada:

El presidente de la Comisión de Justicia, en la Cámara de Diputados, Humberto Benítez Treviño, dijo que en el análisis de la Ley Antisecuestro se abordará el tema de la prohibición del pago de rescate, porque consideró que México debe de contar con una legislación moderna. El legislador apuntó que este tema es

²⁶² Situación distinta se desprende del análisis del Código Penal Alemán. Cfr. Roxin, *Derecho penal...*, cit., pp. 675 y 676.

prioritario por ser uno de los ilícitos que más lastima a la sociedad. Además de que cuatro de cada 10 secuestros son simulados, sólo para obtener el rescate.²⁶³

Iniciativa contra la cual hubo muchos pronunciamientos, como el de Ortega Sánchez:

Un grupo de legisladores pretende prohibir el pago de rescate como un remedio mágico que hará desaparecer el plagio. No lo dicen abiertamente, pero para que la fórmula funcione es necesario que los plagiarios asesinen a algunos cientos de víctimas hasta que se convenzan de que el plagio ya no es negocio. La iniciativa la está encabezando Humberto Benítez Treviño, como presidente de la Comisión de Justicia, en la Cámara de Diputados, los promotores de semejante atrocidad alegan que gracias a una medida así, Colombia tuvo el espectacular éxito conocido para reducir el delito de secuestro. Esta afirmación es falsa, en Colombia, la medida solamente estuvo vigente 11 meses en 1993 y no hubo baja sino una alza en los secuestros.²⁶⁴

Afortunadamente dicha propuesta tan incongruente no prosperó, pero en caso de que se hubiera incorporado a la legislación penal sería indudable que quien pagara el rescate para salvar la vida del secuestrado, a pesar de que su conducta fuera típica, estaría actuando bajo un estado de necesidad justificante que excluiría el delito, ya que la supremacía de la vida es innegable frente a cualquier otro bien como el patrimonial o cualquier interés político-criminal.

Respecto al salvamento de bienes ajenos, rigen las mismas reglas que hemos desarrollado en la legítima defensa, por lo que no se justifica el salvamento de un bien cuando su titular se niega a ello; por supuesto que quedan fuera de esta afirmación aquellos bienes que no son disponibles.

2. EL PELIGRO ACTUAL O INMINENTE

A diferencia de la legítima defensa, en la cual la agresión solo podía provenir de otra persona, en el estado de necesidad justificante el peligro puede provenir tanto de otra persona como de sucesos naturales (terremotos, huracanes, etcétera) o de movimientos o ataques de animales no racionales. Pero no se puede considerar como peligro el proveniente de una persona jurídica o cualquier otra entidad jurídica, porque en todo caso serán los representantes (personas físicas) quienes generen el peligro.

²⁶³ "Diputados analizan prohibir pago de rescate", *El Universal*, México, 9 de enero de 2010, p. 6. También cfr. http://www3.diputados.gob.mx/index.php/camara/005_comunicacion/b_agencia_de_noticias/006_2010/02_febrero/19_19/1548_se_analizara_propuesta_antisecuestro_del_ejecutivo_benitez_trevino_hay_otras_12_propuestas_sobre_el_tema_senala.

²⁶⁴ Ortega Sánchez, José Antonio, *Desarrollo en los últimos veinte años. Octavas Jornadas Nacionales sobre Víctimas y Derechos Humanos, "Víctimas del secuestro"*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2010, p. 51.

Por otra parte, para confirmar el peligro no es necesario que sea muy elevado el riesgo, bastará que desde una perspectiva *ex ante* se confirme que cualquiera hubiera considerado que había peligro para que se confirme dicho requisito.

No solo se justifica la actuación por estado de necesidad cuando el peligro está presente (actual), sino desde que está a punto de presentarse y puede causar la lesión al bien (inminente). Así, en el aborto terapéutico no se necesita llegar hasta el momento del alumbramiento para provocar la muerte del *nasciturus*, pues se justifica provocar el aborto desde que los análisis confirman el peligro para la vida de la madre y no se requiere esperar, dado que ello solo implicaría agravar el peligro, aunque en dicho supuesto se necesitaría la opinión de un segundo facultativo, como lo establece el citado artículo 334 del CPF.

La imprevisibilidad del peligro al que se enfrenta quien actúa en estado de necesidad implica que no existan otros medios para solucionar el conflicto y conlleven al autor de la conducta típica a lesionar él mismo el bien de menor valor, por lo cual el legislador ha incluido como requisito que el peligro sea inevitable por otros medios.

En la jurisprudencia alemana se aplicó el estado de necesidad en el caso del *atermorizador*, en el cual un sujeto había penetrado en varias ocasiones al domicilio de un matrimonio hasta que el marido lo sorprende y le dispara cuando huía. Evidentemente, como el *atermorizador*, estaba huyendo no procedía la legítima defensa y por eso se recurrió al estado de necesidad justificante.²⁶⁵ Sin embargo, una solución como la anterior no es posible conforme a nuestro CPF, porque el legislador penal ha establecido expresamente que el peligro debe ser actual o inminente, y la huida del *atermorizador* excluía cualquiera de esas dos características indispensables del peligro en el estado de necesidad justificante y, además, esta causa de justificación presupone que quien quiere salvar su bien no tiene medios menos dañinos, lo cual no se puede sostener en el caso del *atermorizador*, porque el dueño de la casa tenía varias alternativas de protección, como la instalación de alarmas o levantamiento de cercas o bardas o el llamar a la policía, la cual en dicho país acude con gran rapidez y eficacia, por lo que la conducta del dueño dejaría de estar justificada. Este criterio se puede comprobar en las siguientes tesis de jurisprudencia:

1) ESTADO DE NECESIDAD, EXCLUYENTE DE. El estado de necesidad es una situación de peligro, real e inminente, para un bien jurídicamente protegido (o pluralidad de bienes), que se salvaguarda mediante la destrucción o menoscabo de otros, siendo este, el único recurso practicable como menos perjudicial.

Amparo directo 658/69. Jerónimo Rodríguez Ramírez. 20 de junio de 1969. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ernesto Aguilar Álvarez.

²⁶⁵ En este sentido, *cfr.* Roxin, *Derecho penal...*, *cit.*, esp. pp. 677 y ss.

NOTA (1): En la publicación original de esta tesis aparece la leyenda: "Véase: Tesis de Jurisprudencia No. 129, Apéndice de Jurisprudencia 1917-1965, Segunda Parte, Pág. 264".²⁶⁶

2) ESTADO DE NECESIDAD, EXCLUYENTE. El estado de necesidad, es una condición que debe interpretarse en el sentido de que la salvación de la persona o de los bienes hace indispensable la ejecución de un acto que por sí mismo sería delictuoso; es decir, que por cuanto a la conducta desplegada por el activo, no ha de existir otro medio más práctico y menos perjudicial que el que eligió para ponerse a salvo de la situación de necesidad que invoca; por lo que debe decirse que si no aparece que el inculpado haya mencionado tal circunstancia dentro del proceso correspondiente ni prueba alguna que válidamente la suponga, la excluyente resulta inoperante.

Amparo directo 2971/75. José Belem Rojas Bahena. 7 de noviembre de 1975. 5 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

NOTA (1): En la publicación original de esta tesis aparece la leyenda: "Véase: Apéndice de Jurisprudencia 1917-1975, Tesis 133, Segunda Parte, Pág. 278".²⁶⁷

Respecto al último criterio jurisprudencial, cabría aclarar que de acuerdo con las reglas del proceso penal acusatorio, el principio *in dubio pro reo* es fundamental, y por ello quien debe probar la ausencia de alguno de los elementos del estado de necesidad justificante será el Ministerio Público, pues de no ser así, se aplicará esta o cualquier otra causa de justificación que favorezca al acusado.

El estado de necesidad seguirá siendo sostenible en aquellos supuestos en que el salvador tenía varias opciones equivalentes; por ejemplo, si Casimiro es testigo de un accidente de carretera y ve que en el lugar hay un herido grave que necesitaba ser trasladado al hospital y no hay forma de comunicarse con los cuerpos de emergencia y se apodera del coche de Pedro en lugar del de Juan para trasladar al herido, la selección del coche es irrelevante y procede la justificación; sin embargo, si Casimiro tenía coche y se apoderó del de Pedro para evitar dañar el suyo en la acción de rescate, entonces no podemos justificar su comportamiento.

3. EL DEBER JURÍDICO DE ENFRENTAR EL PELIGRO

El deber jurídico de enfrentar el peligro que se presenta en un conflicto de bienes excluye la justificación de la conducta típica por estado de necesidad; ello opera sobre todo para quienes pertenecen a cuerpos de seguridad pública o privada, como sucedió en el caso que a continuación narro. Durante un operativo efectuado en el barrio de Tepito, los elementos de la Agencia Federal de Investigaciones tuvieron que hacer frente a los enardecidos vecinos que los

²⁶⁶ *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Primera Sala, vol. 6, segunda parte, p. 21.

²⁶⁷ *Ibidem*, Séptima Época, Primera Sala, vol. 83, segunda parte, p. 25.

atacaron con armas de fuego, situación ante la cual procedieron a retirarse del lugar; sin embargo, uno de los agentes no logró abordar la patrulla y fue perseguido por la turba, por lo cual entró violentamente en una casa habitada para protegerse, oponiéndose los dueños; minutos después fue rescatado por sus compañeros habiendo logrado salvaguardar su integridad física y, tal vez, su vida. Aunque podemos apreciar en este supuesto muchos de los elementos del estado de necesidad justificante, la existencia del deber que tenía el policía lo hace improcedente y se confirma el injusto de allanamiento de morada.

4. DIFERENCIAS CON OTROS SUPUESTOS

La proximidad de los supuestos de legítima defensa y de estado de necesidad justificante hace necesario establecer algunas de sus diferencias fundamentales, tal como se advierte en la siguiente tesis:

ESTADO DE NECESIDAD Y LEGÍTIMA DEFENSA. El estado de necesidad es una causa de justificación que por su naturaleza choca con la legítima defensa, ya que en el estado necesario no existe defensa de una agresión, sino agresión contra un bien jurídico tutelado para salvar otro bien jurídico, igualmente protegido por el derecho, de una situación de peligro no provocada dolosa o culposamente por el agente.

Amparo directo 5613/60. Segundo Moreno Islas. 29 de noviembre de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

Tesis relacionada con jurisprudencia 160/85.²⁶⁸

Sin embargo, la diferencia entre las dos causas de justificación no se puede observar en el siguiente criterio:

ESTADO DE NECESIDAD, EXCLUYENTE DE. Dada la presencia de la hoy occisa en el domicilio de la acusada; su actitud violenta, injuriosa y amenazante, existía lo que abarca titula la forma subjetiva del estado de necesidad, al esperar, fundadamente la hoy procesada, el que la hoy occisa cumpliera amenazas que hizo saber a aquella; y no es jurídico obligar a una persona en tales condiciones, que quien injustamente pretende causar un daño, obtenga los medios idóneos para ello y realice su propósito criminal. La violación del domicilio, unida a la actitud violenta y a la expresión de frases injuriosas, motiva el temor fundado de que esa persona irrumpa a la habitación que ocupa la futura víctima, y le cause el daño con que amenaza; esto, psicológicamente, hace jurídica la actuación del coaccionado, que prevé como próximo el evento y que bajo ese ambiente actúa.

²⁶⁸ *Ibidem*, Sexta Época, Primera Sala, vol. XLI, segunda parte, p. 31.

Amparo penal directo 6770/48. Galván Gómez Daría. 20 de enero de 1950. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis G. Corona. La publicación no menciona el nombre del ponente.²⁶⁹

Es claro que las circunstancias del supuesto anterior no pertenecen a los terrenos del estado de necesidad justificante, sino a los de la legítima defensa del hogar, por ello es que fue tan importante su inclusión expresa en el CPF, lo cual ocurrió con posterioridad al criterio jurisprudencial citado.

Al igual que en la legítima defensa, no procede la justificación por un estado de necesidad en los supuestos de riña, tal como se puede apreciar en las siguientes tesis de jurisprudencia.

1) ESTADO DE NECESIDAD, EXCLUYENTE DE (RIÑA). El estado de necesidad, que ataca la antijuridicidad del acto, no quedó integrado si está demostrado que los hechos ocurrieron dentro de una riña, pues resulta indudable que las conductas de los que en ella intervinieron estuvieron al margen de la ley, y para poder hacer valer una causa de justificación, precisa que quien la usa obre de acuerdo con el orden jurídico establecido.

Amparo directo 998/56. Rodolfo Ordóñez H. 13 de agosto de 1957. Cinco votos. Ponente: Genaro Ruiz de Chávez.²⁷⁰

2) ESTADO DE NECESIDAD Y RIÑA. SE EXCLUYEN. No puede hablarse de estado de necesidad, en que se pretende se encuentra el inculpado, cuando ve que su padre esté en peligro, si esta situación es el producto de una riña que el padre sostiene con el que resulta muerto, lo que de ninguna manera presupone conflicto de intereses jurídicamente tutelados, sino que se encuentra al margen de la ley.

Amparo directo 4213/75. Heriberto Cantú Torres. 4 de diciembre de 1975. 5 votos. Ponente: Ernesto Aguilar Álvarez.

Sexta Época, Segunda Parte: Volumen VI, Pág. 141. Amparo directo 998/56. Rodolfo Ordóñez Navarrete. 13 de agosto de 1957. 5 votos. Ponente: Genaro Ruiz de Chávez.²⁷¹

Por otra parte, los supuestos de robo de famélico se han considerado como supuestos de estado de necesidad justificante, y las condiciones socio económicas de nuestro país han llevado al legislador a incluir dicha hipótesis en el CPF como sigue: "Artículo 379. No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento".

Con este precepto el legislador nuevamente ofrece una solución de excluyente de punibilidad que ahora se complementa con las soluciones alternas y formas de terminación anticipada contempladas en el CNPP del artículo 183 al artículo 207. Sin embargo, estas salidas de carácter político criminal y procesal dejan abierta la existencia de la comisión de un delito de robo, por ello es

²⁶⁹ *Ibidem*, Quinta Época, Primera Sala, t. CIII, p. 563.

²⁷⁰ *Ibidem*, Sexta Época, Primera Sala, vol. II, segunda parte, p. 49.

²⁷¹ *Ibidem*, Séptima Época, Primera Sala, vol. 84, segunda parte, p. 13.

que se restringen a los supuestos de la obtención de medios indispensables para sobrevivir en ese momento y no para cubrir necesidades o carencias generales, como se desprende del siguiente criterio jurisprudencial:

ESTADO DE NECESIDAD, PRUEBA DEL. Para que la conducta del autor de un hecho delictuoso pueda encuadrarse dentro de la excluyente de responsabilidad que prevé la fracción IV del artículo 15 del Código Penal Federal, sería menester que la necesidad de salvar su vida o de su familia fuera real, grave e inminente y que no existiera otro medio practicable y menos perjudicial. El estado de necesidad sólo es procedente ante la disyuntiva de sacrificar un bien jurídico ajeno o salvar uno propio, siempre y cuando no exista otro medio para evitar el conflicto de intereses. No existe esa alternativa, sólo por el hecho de que el actor se viera apremiado por lo poco que le redituaba su ocupación habitual, pues ello no basta para justificar su proceder, si no hay constancias que determinen que su situación era de tal manera precaria que la decisión tomada fuera la única salida.

Amparo directo 8152/83. Jaime Ernesto Bermúdez Posada. 9 de octubre de 1984. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón.

Amparo directo 8034/83. José Olmedo Espinoza Cardona. 9 de octubre de 1984. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón.²⁷²

Con el criterio citado podemos excluir la justificación de la conducta típica de robo, pero ¿también lo sería de otros delitos cometidos para obtener medios de sobrevivencia? como se plantea en la siguiente tesis jurisprudencial:

ESTADO DE NECESIDAD, JUSTIFICANTE. La responsabilidad de la quejosa se halla excluida en la especie en función de la justificante por estado de necesidad a que se contrae una parte de la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, si se demuestra en autos que la acusada es una persona de edad avanzada, de escasísimos recursos económicos, que su sostén es un hijo vicioso y que al efectuar el trueque de la marihuana no lo motivó ningún afán de lucro sino la urgencia de alimentos. Por otra parte, está evidenciado que precisamente a cambio de la yerba recibió pan duro y tortillas duras para atender a sus apremiantes necesidades alimenticias por lo cual se impone la concesión del amparo.

Amparo directo 2793/ 61. María Isabel Silva González. 24 de noviembre de 1961. Cinco votos. Ponente: Ángel González de la Vega.

Tesis relacionada con jurisprudencia 108/85.²⁷³

El problema central de las hipótesis planteadas radica en que se dan muchos de los requisitos del estado de necesidad justificante, pero falta alguno de ellos para poderlo constatar, sobre todo la actualidad o inminencia del peligro o la alternativa de otros medios. Con lo cual, al no reunirse todos los elementos requeridos por la causa de justificación, no se puede aplicar el estado de necesidad justificante!, y es que los móviles que constriñeron al autor para

²⁷² *Ibidem*, Séptima Época, Primera Sala, vols. 187-192, segunda parte, p. 32.

²⁷³ *Ibidem*, Sexta Época, Primera Sala, vol. LIII, segunda parte, p. 27.

realizar el injusto son materia de análisis en la culpabilidad y no en la antijuridicidad, dicho criterio subyace en la siguiente tesis jurisprudencial:

ESTADO DE NECESIDAD. La situación económica del autor de un delito no implica necesariamente que lo ampare la excluyente conocida como estado de necesidad, la que no implica una urgencia económica, sino la presencia de un peligro común a dos bienes jurídicos que al ser resuelta por el particular trae aparejada la afectación de uno de los bienes en conflicto, y se trate de una inculpabilidad si es que se respeta la jerarquía, pues no le es exigible al particular sacrificar el bien propio para salvar el ajeno, siempre que se trate de bienes de igual entidad, o que el propio sea de mayor entidad que el ajeno; es decir en el estado de necesidad la excluyente opera si se afecta un bien de igual o menor entidad, y no puede hablarse de que exista dolo porque la decisión no se toma de propia voluntad sino que las circunstancias la imponen. Por lo tanto, si el delito imputado lo es introducción al país de un enervante, no tiene por qué, invocarse el estado de necesidad como excluyente aun suponiendo sin conceder que el demandante se encontrara en extrema necesidad económica y que fue por ello que aceptó la introducción ilegal de la sustracción al territorio nacional.

Amparo directo 4598/84. Carlos Alberto Ramírez Salazar. 24 de octubre de 1984. 5 votos. Ponente: Carlos de Silva Nava.²⁷⁴

Aunque no compartimos la sistemática empleada para la argumentación, en lo que sí coincidimos es en analizar en la culpabilidad el grado de exigencia al autor del injusto.

IV. CUMPLIMIENTO DEL DEBER

El CPF dispone: "Artículo 15. El delito se excluye cuando:... VI. La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro".

La justificación de la conducta típica a causa del cumplimiento de un deber se ha convertido en uno de los temas más importantes en nuestro país en los supuestos de las detenciones realizadas por policías, no solo por las posibles conductas típicas del uniformado, sino también por la posible violación de los derechos humanos del detenido. Sin embargo, en los casos en los que el policía ministerial cumple la orden de aprehensión librada por el juez y enfrenta la resistencia o la fuga de la persona siendo necesaria la fuerza física para detenerlo, nada impide la justificación de su comportamiento por el cumplimiento de un deber al haber empleado todos los medios necesarios autorizados en la ley; ello también se puede constatar en el siguiente criterio de jurisprudencia.

²⁷⁴ *Ibidem*, Séptima Época, Primera Sala, vols. 187-192, segunda parte, p. 31.

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO DE UN DERECHO, NATURALEZA DE LAS EXCLUYENTES DE. Para que la causa de justificación relativa al cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho produzca sus efectos excluyentes de responsabilidad penal, es necesario que los deberes y derechos estén consignados en la ley.

Sexta Época: Amparo directo 3337/56. Miguel Jiménez Nolasco. 20 de julio de 1957. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 2483/57. José María Ibarra Orona. 6 de noviembre de 1957. Cinco votos.

Amparo directo 1251/57. Francisco Ríos Hernández. 16 de julio de 1958. Mayoría de cuatro votos.

Amparo directo 5966/57. Rafael Espinoza Díaz y coags. 6 de octubre de 1958. Cinco votos.

Amparo directo 800/60. Miguel Álvarez Granillo. 22 de junio de 1960. Unanimidad de cuatro votos.²⁷⁵

Solo debemos recordar que la aplicación de las causas de justificación está condicionada al cumplimiento de todos los requisitos que la integran. En este sentido, podemos citar el siguiente criterio de jurisprudencia:

ASEGURAMIENTO DE LOS OBJETOS DEL DELITO. AUTORIDADES MILITARES CARECEN DE FACULTADES PARA RETENERLOS. Jurídicamente corresponde a la autoridad judicial que conoce de un proceso penal dictar las resoluciones conducentes para determinar el aseguramiento a la devolución de los bienes relacionados con la causa y no a autoridades distintas que por cualquier motivo hayan intervenido con el Ministerio Público en la averiguación previa, pues esta institución actúa con imperio de autoridad, pero sólo dictando las medidas pertinentes para la conservación de las huellas del delito. Por lo tanto, el juez de Distrito procede correctamente al ordenar a la autoridad militar que ponga a disposición material del órgano investigador los vehículos secuestrados para poder acordar conforme a derecho respecto a la devolución, que de los mismos soliciten los interesados; de ahí que ninguna justificación existe para que los bienes secuestrados se retengan materialmente a disposición de autoridades militares, salvo determinación de autoridad judicial que así lo decrete.

Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito. Octava Época: Amparo en revisión 197/88. Hermelinda Alvarado vda. de Pacheco. 10 de junio de 1988. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 198/88. Samuel Barboza Rodríguez. 17 de junio de 1988. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 192/88. Mariano Barboza Rodríguez. 10. de julio de 1988. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 251/88. Rogaciano López Arias. 30 de agosto de 1988. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 318/88. Magdalena Montes Espinoza. 29 de octubre de 1988. Unanimidad de votos.

²⁷⁵ Tesis 115, *Apéndice de 1995*, Sexta Época, Primera Sala, t. II, parte SCJN, p. 65.

NOTA: Tesis XII.2o.J/1, Gaceta número 10-12, pág. 171; *Semanario Judicial de la Federación*, tomo II, Segunda Parte-2, pág. 648.²⁷⁶

Por ende, el cumplimiento de un deber está condicionado a la existencia de ese deber en una norma jurídica, y ello nos conlleva a los supuestos de obediencia jerárquica, en los cuales solo quedará justificada la conducta del subordinado cuando la orden del superior era lícita. Lo contrario se puede apreciar en el siguiente caso.

Aproximadamente a las 20:00 horas del 31 de diciembre de 2001, Marcela L., con su bebé de dos meses de edad, entró a un establecimiento y se llevó sin pagar prendas de vestir, pero fue descubierta por los empleados y detenida por elementos de seguridad, quienes la llevaron a la Agencia Investigadora del Ministerio Público y fue recibida por el policía ministerial Rigoberto M., quien a pesar de ver que la bebé estaba gravemente enferma de bronquitis, cumplió con la orden del comandante de llevarlas a los separos y mantenerlas allí hasta que llegara el personal del DIF. Lamentablemente la baja temperatura del lugar y la falta de atención médica provocaron la muerte de la pequeña.

En casos como el anterior no había ninguna necesidad racional de mantener a la mujer en los separos con la bebé y no proporcionarle la atención médica necesaria, es más iera ilícito mandar a los separos a la bebé!, por lo cual se puede considerar que el policía cometió una conducta típica y antijurídica: injusto. Así, la licitud de la orden del superior es imprescindible para justificar la ejecución de la orden como cumplimiento de un deber, tal y como quedó de manifiesto en la siguiente tesis de jurisprudencia.

OBEDIENCIA A UN SUPERIOR LEGÍTIMO, EXCLUYENTE DE. Cuando el cumplimiento de la orden del superior legítimo implique la ejecución de actos que en forma notoria constituyan delito, la obediencia del inferior jerárquico no exime a éste de responsabilidad penal, en razón de que aquélla sólo constituye la causa de justificación prevista en la ley, como excluyente de responsabilidad, cuando la dependencia jerárquica entre el superior que manda y el inferior que obedece sea de carácter oficial.

Sexta Época: Amparo directo 2874/50. Feliciano Macías Pérez. 18 de agosto de 1954. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 3616/50. Pablo Zambrano García. 18 de agosto de 1954. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 4652/53. Pech Padilla Juan Bautista. 15 de julio de 1955. Cinco votos.

Amparo directo 2494/54. Hermilo Rodríguez García. 30 de julio de 1955. Unanimidad de cuatro votos.

²⁷⁶ Tesis 420, *Apéndice de 1995*, Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, t. II, parte TCC, p. 242.

Amparo directo 4790/56. Román Vázquez Flores. 3 de diciembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos.²⁷⁷

V. EJERCICIO DE UN DERECHO

El ejercicio de un derecho puede ser causa de atipicidad de la conducta, como sucede en el supuesto del apoderamiento de una cosa propia, en el cual se aplica la fracción II del artículo 15 del CPF, pero la fracción VI del mismo precepto se reserva para aquellos casos en los que hemos constatado la tipicidad de la conducta y existe en el orden jurídico un derecho que le asiste al sujeto activo para realizarla.

Podemos ejemplificar esta causa de justificación en el supuesto del huésped de un hotel que iba a retirarse sin pagar la cuenta, siendo descubierto por el hostelero, quien ante la negativa de pago le arrebató el equipaje, caso en el cual tenemos todos los elementos de la conducta típica de robo, prevista en el artículo 367 del CPF, pero dicha conducta ilícita está justificada debido a que en el Código Civil Federal se dispone: "Artículo 2669. Los equipajes de los pasajeros responden preferentemente del importe del hospedaje; a ese efecto, los dueños de los establecimientos donde se hospeden podrán retenerlos en prenda hasta que obtengan el pago de lo adeudado".

Así, una conducta prohibida en general por el derecho penal encuentra una justificación prevista en otra rama del orden jurídico, que en el supuesto planteado es el derecho civil.

Conviene diferenciar el ejercicio de un derecho con el abuso del derecho, ya que este último no justifica la conducta. El supuesto más representativo lo constituye la cópula que impone el marido a la mujer por medio de la fuerza física, pues durante la primera mitad del siglo XX se consideró que el marido tenía el derecho a copular con su esposa aunque ella se opusiera (debito carnal o conyugal), y por tanto la conducta típica de violación realizada por el cónyuge estaba justificada por el ejercicio de un derecho. Fue hasta 1994 cuando la SCJN dejó claro que el contrato de matrimonio no anula la libertad sexual de ninguno de los cónyuges, por lo cual estos supuestos se deben considerar como injustos de violación.

También se recurre al llamado derecho de corrección de los padres, quienes no solo tendrían esa facultad, sino también la obligación de educar y, en consecuencia, corregir a sus hijos, lo cual podemos analizar en el siguiente caso.

Claudia G. y Alberto P. procrearon tres hijos, Arturo, Raúl y Héctor, los cuales eran corregidos continuamente por sus progenitores con frases como

²⁷⁷ Tesis 223, *Apéndice de 1995*, Sexta Época, Primera Sala, t. II, parte SCJN, p. 127.

¡Siéntate bien! ¡No le pegues a tu hermano! ¡Haz la tarea!, etcétera; incluso, en algunas ocasiones, los vecinos escuchaban el llanto de los niños por el regaño o la reprimenda física consistente en nalgadas o pellizcos. Por lo anterior, los vecinos del edificio presentaron la denuncia de hechos ante el Ministerio Público, quien decidió ejercitar acción penal en contra de Claudia G. y Alberto P. por el delito de violencia familiar. Sin duda alguna, la conducta de los padres puede encuadrarse en el tipo previsto en el artículo 343 bis del CPF; sin embargo, sería necesario valorar la racionalidad de los medios empleados por los padres para determinar si su comportamiento podría quedar justificado, dado que los datos ofrecidos no revelan agresiones graves y, además, en caso de confirmar el injusto valdría la pena el análisis de la culpabilidad del comportamiento de los inculpadados.

A diferencia de las otras causas de justificación, el legislador ha incluido un elemento subjetivo en el ejercicio de un derecho, por lo cual, para poder justificar la conducta típica, será necesario que esta no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro.

CAPÍTULO OCTAVO

CULPABILIDAD

La culpabilidad se sustenta en el reproche que se hace a quien realizó o participó en el injusto, dado que pudiéndose comportar conforme a derecho decidió contravenirlo. Se trata de un juicio personalísimo, de ahí que si el injusto lo cometieron o participaron varios en su comisión, cada uno de ellos será valorado por separado y de esta manera se podrá individualizar la pena dentro del mínimo y el máximo previsto en la ley.

Para realizar el juicio de culpabilidad, se deben tener en cuenta todos los factores que previamente condicionaron al autor del injusto para determinar en qué medida podía ser motivado por el orden jurídico para evitar contravenirlo, es por ello que el CPF dispone:

Artículo 52. El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito, la calidad y condición específica de la víctima u ofendido y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

I. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;

II. La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;

IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito;

V. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

VI. El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VII. Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Así, las fracciones V y VII ofrecen los lineamientos para realizar el juicio de culpabilidad al que nos venimos refiriendo, el cual inicia con la imputabilidad basada en la edad.

I. IMPUTABILIDAD

Es necesario que quien comete el injusto tenga la capacidad psíquica para comprender la trascendencia del hecho para poder sustentar el juicio de reproche, para lo cual se requiere atender a su experiencia de vida para medir su madurez psicológica: "Edad o momento en el cual una persona adquiere buen juicio y prudencia, lo que implica: 'autonomía', 'conductas apropiadas a las circunstancias', 'ponderación y equilibrio', 'estabilidad', 'responsabilidad', 'cercanía afectiva', 'claridad en objetivos y propósitos', 'dominio de sí mismo', etcétera".²⁷⁸

Mucho se ha debatido sobre el momento de inicio de la edad penal para considerar al sujeto como imputable. En su momento fue muy socorrida la propuesta de reducir la edad penal de 18 a 16 años, pues era creciente el número de jóvenes en ese rango de edad que participaban en la comisión de delitos, cuyo aliciente radicaba en que no podían ser sancionados penalmente, sino solo con medidas, siendo la más severa la de internamiento, cuya duración máxima es de 5 años (artículo 121, segundo párrafo, de la Ley Federal de Justicia para Adolescentes, en adelante LFJA), información que era utilizada por el crimen organizado para convencer a jóvenes de participar en sus actividades delictivas con un bajo riesgo y altas ganancias. Además, como las nuevas generaciones gozan de mayor información a través de redes sociales, aparatos electrónicos y medios de comunicación masiva, se podía considerar que había los argumentos suficientes para respaldar la disminución de la edad penal. Así, el 23 de diciembre de 2012:

El coordinador del PRI en la ALDF Tonatiuh González Case refirió que en la actualidad un alto porcentaje de los delitos que se cometen en la ciudad son perpetrados por jóvenes cuyas edades oscilan entre 11 y 17 años, en la ejecución de robos con violencia, violación, secuestros y asesinatos, por lo que consideró urgente y necesario aplicar medidas que terminen con ese fenómeno social.

En ese contexto subrayó que la iniciativa de iniciativas de decreto al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos, que presentó ante el pleno de la ALDF, para quedar en 16 años como ámbito de validez de aplicación de la ley penal para los delitos de homicidio calificado, secuestro y violación, no implicaría modificación o disminución del tratamiento asistencial que se le debe proveer a los menores que se vean implicados en conductas antisociales, y mucho menos de la garantía del debido proceso penal, ni de otras garantías constitucionales.

Señaló que el criterio de la edad no puede ser sostenibles para, por un lado, obsequiar impunidad o una protección especial, y por otro no brindar todas las garantías a las víctimas de los delitos, para que la afectación o daño sufrido sea reparable.

Dijo que es necesario ofrecer un esquema de prevención de los delitos al poder dirigir las acciones del Estado a personas que son utilizadas por delincuentes

²⁷⁸ <http://es.wikipedia.org/wiki/Madurez>.

mayores y a las que, de propia voluntad y conscientes de su falta, se intenten resguardar en el argumento de la edad penal, que no propiamente se refiere a la ignorancia del delito, porque muchos jóvenes en situación holgada o precaria cometen delitos en su búsqueda de la satisfacción personal.

Con sofisticadas formas de operación la delincuencia organizada a expandido sus ilícitas actividades y su ámbito de penetración no se circunscribe a la manipulación de personas mayores de 18 años, sino a menores a esa edad, incluso desde los 11 años, aseguró el diputado del PRI en la ALDF.

El asambleísta pidió que los jóvenes delincuentes no se escondan en el pretexto de su corta edad, pues muchos de ellos son plenamente conscientes de las consecuencias de sus actos.²⁷⁹

Sin embargo, ni argumentos de política criminal ni la precocidad de los jóvenes mexicanos son suficientes para contravenir lo dispuesto en los tratados internacionales firmados y ratificados por nuestro país, los cuales nos obligan a fijar la edad penal a partir de los 18 años. Por lo cual es un mandato constitucional inalterable! Dichas normas son las siguientes:

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing):

2.2 Para los fines de las presentes Reglas, los Estados Miembros aplicarán las definiciones siguientes en forma compatible con sus respectivos sistemas y conceptos jurídicos:

a) Menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto;

4. Mayoría de edad penal

4.1 En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual.

Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad:

II. Alcance y Aplicación de las Reglas

11. A los efectos de las presentes Reglas, deben aplicarse las definiciones siguientes:

a) Se entiende por menor toda persona de menos de 18 años de edad. La edad límite por debajo de la cual no se permitirá privar a un niño de su libertad debe fijarse por ley;

Convención sobre los Derechos del Niño:

Artículo 1

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

²⁷⁹ <http://diariojuridico.com.mx/actualidad/noticias/propone-coordinador-del-pri-en-la-aldf-reformas-para-reducir-la-edad-penal-en-la-capital.html>; <http://www.excelsior.com.mx/2012/12/23/comunidad/876329>.

A mayor abundamiento, la SCJN ha puesto en claro la obligatoriedad de ajustarse a dichas normas en la siguiente tesis de jurisprudencia:

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL.

En el ámbito jurisdiccional, el interés superior del niño es un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un niño en un caso concreto o que pueda afectar los intereses de algún menor. Este principio ordena la realización de una interpretación sistemática que, para darle sentido a la norma en cuestión, tome en cuenta los deberes de protección de los menores y los derechos especiales de éstos previstos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de la niñez. Cuando se trata de medidas legislativas o administrativas que afecten derechos de los menores, el interés superior del niño demanda de los órganos jurisdiccionales la realización de un escrutinio mucho más estricto en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida en cuestión.

Amparo directo en revisión 1187/2010. 1o. de septiembre de 2010. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Juan N. Silva Meza, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Ana María Ibarra Olguín y Javier Mijangos y González.

Amparo directo en revisión 1005/2012. 12 de septiembre de 2012. Cinco votos de los Ministros Jorge Mario Pardo Rebolledo, José Ramón Cossío Díaz, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea; Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Olga Sánchez Cordero de García Villegas reservaron su derecho para formular votos concurrentes. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Amparo directo en revisión 3759/2012. 27 de febrero de 2013. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho a formular voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Disidente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quien reservó su derecho a formular voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Cecilia Armengol Alonso.

Amparo directo en revisión 583/2013. 11 de septiembre de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Amparo directo en revisión 3248/2013. 22 de enero de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Disidente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Luz Helena Orozco y Villa.

Tesis de jurisprudencia 18/2014 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de veintiséis de febrero de dos mil catorce.²⁸⁰

²⁸⁰ Tesis 1a./J. 18/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Primera Sala, libro 4, t. I, marzo de 2014, p. 406.

Por tanto, que en México la imputabilidad penal inicia a los 18 años de edad es una cuestión de pleno derecho y sin posible contradicción.

La imputabilidad se fija en el momento de la comisión del injusto. En consecuencia, si en el momento de la comisión el sujeto tenía 17 años, 11 meses y 20 días, todavía no podrá aplicarse la sanción penal y solo procederá la medida de seguridad aunque solo faltaban unos cuantos días para alcanzar la mayoría de edad! Ello nos arroja un criterio general, a saber: la imputabilidad se fija en el momento de la comisión del injusto.

Además de la mayoría de edad, la imputabilidad también requiere del goce de facultades mentales para comprender la trascendencia del injusto en el momento de su comisión, por lo cual esta figura se mantiene aunque dicha capacidad esté disminuida, siempre y cuando el sujeto mantenga la capacidad de entender lo que hace, lo cual será determinado por el perito correspondiente para establecer el grado de afectación del individuo y ello le sirva al juez para resolver si deberá atenuar la pena en atención a la disminución de la comprensión, tal y como lo establece el artículo 69 bis del CPF y como queda de manifiesto en la siguiente tesis de jurisprudencia:

IMPUTABILIDAD DISMINUIDA. DEBE SANCIONARSE ACORDE A LAS REGLAS DEL ARTÍCULO 69 BIS DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. La figura de la imputabilidad disminuida que es reconocida por la doctrina, ha sido plasmada en el artículo 69 bis del código punitivo federal, y para su aplicación no resulta menester que el activo carezca de la capacidad para comprender lo ilícito de su actuar, sino únicamente que esa capacidad se encuentre disminuida; es decir, que aun cuando pueda percibir la trascendencia social y moral de sus actos, presente un retardo mental que disminuya su capacidad de comprender el carácter de ilicitud del hecho, por lo que no puede ser sancionado de acuerdo a las reglas generales de la imposición de penas, sino que el juzgador debe aplicar las reglas especiales respecto de hasta las dos terceras partes de la pena que en derecho corresponda, tal y como lo establece el citado precepto legal, que a la letra dice: "Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de este código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor". Por tanto, el tribunal responsable al no acatar las reglas del numeral en comento y no sancionar al activo con hasta las dos terceras partes de la pena que le correspondería al antijurídico o la medida de seguridad condigna (artículo 67 del Código Penal Federal), o bien ambas, transgrede en perjuicio del quejoso las garantías de legalidad y seguridad jurídica, contenidas en los artículos 14 y 16 de la Carta Magna.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito. Amparo directo 229/99. 12 de agosto de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Oscar Vázquez Marín. Secretario: Oscar Naranjo Ahumada.²⁸¹

Conforme a los criterios anteriores se puede analizar el caso de Estephany G., quien cuidaba de sus hermanastros Edson J. y Edwin J. hasta que fue internada en el IMSS por sufrir un desmayo y perder temporalmente la movilidad del brazo derecho, posteriormente intentó suicidarse tomando ciento ocho pastillas, afortunadamente le lograron salvar la vida y se anunció su regreso a casa, ante lo cual Edson J. le manifestó a su mamá que no quería el regreso de Estephany, porque le chupaba su "Lilin" y le metía una jeringa en su colita, lo cual dio origen a la investigación correspondiente, en la cual se comprobó la comisión del injusto de violación, pero después de practicarle estudios psiquiátricos y psicológicos a Estephany, se determinó que sufría de depresiones graves debido a que durante su niñez fue víctima de continuos maltratos físicos y violaciones, por lo que repetía patrones conductuales y tenía disminuida su capacidad de comprensión y, debido a ello, el juez la condenó con una pena atenuada.

Aunque la regla nos indica que la imputabilidad se fija en el momento de la comisión del injusto, existe una excepción conocida como *actio liberae in causa*, en la cual es el mismo sujeto quien libremente provoca la pérdida de comprensión y control por la ingestión de bebidas embriagantes o consumo de drogas; en estos supuestos la imputabilidad se establece justo en el momento en el que el sujeto decidió colocarse en dicha situación al empezar a beber o drogarse y no cuando cometió el injusto.

En torno a las *actio liberae in causa*, podemos citar las siguientes tesis de jurisprudencia:

1) EXCLUYENTE. ESTADO DE INCONSCIENCIA (EMBRIAGUEZ). Lo que el legislador tomó en cuenta para considerar el estado de inconsciencia como causa de inimputabilidad es que, el mismo, se haya alcanzado por causas ajenas a la voluntad del activo y no la embriaguez deliberada o culposa.

Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Octava Época: Amparo directo 15/90. Tomás Macías Valadéz. 30 de enero de 1990. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 80/90. Delfino Quiterio Presa. 27 de marzo de 1990. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 349/91. Demetrio Bolaños Romero. 24 de septiembre de 1991. Unanimidad de votos.

Amparo directo 541/91. Carlos Parra Vicente. 11 de febrero de 1992. Unanimidad de votos.

Amparo en revisión 59/93. José Vázquez Picazo. 26 de febrero de 1993. Unanimidad de votos.

²⁸¹ Tesis III.2o.P.58, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, t. XI, enero de 2000, p. 1005.

NOTA: Tesis VI.2o.J/252, Gaceta número 64, pág. 46; véase ejecutoria en el *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XI-Abril, pág. 119.²⁸²

2) ACCIÓN LIBRE EN SU CAUSA. SU REGULACIÓN Y ALCANCE EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO. Lo que la doctrina ha definido como "actio liberae in causa" consiste en la causación de un hecho típico que ejecuta el agente activo bajo el influjo de un trastorno mental transitorio (estado de inimputabilidad), cuyo origen es un comportamiento precedente dominado por una voluntad consciente y espontáneamente manifestada, que nuestro orden jurídico positivo recoge en el artículo 15, fracción II, del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, al señalar que "son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente", por tanto, es de colegirse que la comisión del injusto por parte de su autor tratando de quedar comprendido en aquel aspecto negativo de la culpabilidad, no lo releva, exime o atenúa de su responsabilidad, si éste previamente se ha procurado intencional o imprudencialmente el estado bajo el cual realiza el hecho típico.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Octava Época: Amparo directo 916/88. José Luis Hernández Rodríguez. 15 de noviembre de 1988. Unanimidad de votos.

Amparo directo 682/89. Víctor Manuel Muñiz Razo. 16 de agosto de 1989. Unanimidad de votos.

Amparo directo 602/89. Marcelino Ramírez Sánchez. 13 de septiembre de 1989. Unanimidad de votos.

Amparo directo 1042/89. Salvador Solís Tovar. 15 de enero de 1990. Unanimidad de votos.

Amparo directo 1130/89. Jesús Bárcenas Lucía. 15 de enero de 1990. Unanimidad de votos.

NOTA: Tesis I.2o.P.J/9, Gaceta número 25, pág. 65; *Semanario Judicial de la Federación*, tomo V, Segunda Parte-2, pág. 659.²⁸³

Cabe recordar que la comisión dolosa o culposa del ilícito se determinó en la conducta típica y que, por tanto, al llegar al análisis de la imputabilidad por un trastorno transitorio provocado libremente por el autor, solo podremos proceder a confirmarla y graduar la pena de acuerdo con el grado de exigencia derivado de su grado de intoxicación etílica en la que libremente se colocó, de ahí que, sobre todo en accidentes de tránsito de vehículos de motor, sean muy útiles los análisis químicos que nos indiquen la concentración de alcohol en la sangre del conductor y la situación en que se encontraba, ya que existen diferentes etapas con síntomas distintos, a saber:

²⁸² Tesis 543, *Apéndice de 1995*, Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, t. II, parte TCC, p. 329.

²⁸³ Tesis 766, *Apéndice de 1995*, Tribunales Colegiados de Circuito, t. II, parte HO, p. 497.

La intoxicación puede manifestarse de una forma u otra según los niveles sanguíneos. Así con 20-30 mg/dl se afecta el control motor fino, el tiempo de reacción y hay deterioro de la facultad crítica y del estado de humor. Entre 50-100 mg/dl hay deterioro leve o moderado de las funciones cognitivas, dificultad para grandes habilidades motoras. Con más de 150 mg/dl el 50% de las personas pueden estar muy intoxicadas con ataxia y disartria, grave deterioro mental y físico, euforia, combatividad. Entre 200-300 mg/dl, náuseas, vómitos, diplopia, alteraciones del estado mental y por encima de 300 mg/dl generalmente produce coma, además de hipotensión e hipotermia en personas que no beben habitualmente. El rango letal oscila entre 400 mg/dl y 900 mg/dl independientemente de que sea o no un alcohólico crónico. En casos graves, la sobredosis puede producir depresión respiratoria, estupor, convulsiones, shock, coma y muerte.²⁸⁴

Como se puede apreciar, hasta cierta etapa el sujeto puede comprender el injusto realizado, pero llegando a ciertos niveles perderá su capacidad de raciocinio, y por ello entre más elevado sea el grado de alcohol ingerido de manera libre, mayor será el reproche y la pena a imponer al conductor. Los mismos criterios se aplicarán para los supuestos de consumo de drogas.

II. EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

¿Qué tanto se le podía exigir al autor del injusto el comportarse conforme a derecho? ese será el interrogante que deberá resolver el jurista para graduar la pena a imponer al imputable. De ahí que el citado artículo 52 del CPF se refiera a la educación, ilustración, costumbres y condiciones sociales del sujeto, las cuales nos pueden indicar si tenía la información y la capacidad necesarias para comprender el significado y la trascendencia de su injusto al momento de cometerlo, juicio con un alto grado de importancia en un país tan desigual como el nuestro, pues no se podrá reprochar igual el injusto cometido por el joven que ha vivido en la calle y se ha desarrollado en un entorno social violento, en comparación de aquel que ha gozado de una situación económica estable, con una familia bien avenida y que ha tenido acceso a las mejores instituciones educativas, mereciendo este último una sanción más elevada en comparación con el primero, pero respetando el mínimo y máximo de la pena prevista en el CPF para quien comete el delito.

²⁸⁴ *Intoxicación por drogas de abuso*, en <http://tratado.uninet.edu/c100402.html>; para más información, *cfr.* Diagnóstico y Tratamiento de la Intoxicación Aguda por Alcohol Etílico en el Adulto en el Segundo y Tercer Nivel de Atención. Guía de Referencia Rápida. Catálogo maestro de guías de práctica clínica. ISSSTE-256-13, Consejo de Salubridad; *Los efectos del alcohol*, en <http://www.cienciapopular.com/medicina-y-salud/los-efectos-del-alcohol/>; Guisa Cruz, Víctor Manuel et al., *Farmacoterapia de los síndromes de intoxicación y abstinencia por psicotrópicos*, México, Centros de Integración Juvenil, 2003, pp. 66 y 67; "Alcohol", en <http://www.infodrogas.org/inf-drogas/alcohol?start=1> (25 de abril de 2014).

Así, la pena a imponer se graduará conforme a la culpabilidad del delincuente, y para ello el juez deberá tomar en cuenta sus antecedentes, su grado escolar, entorno familiar, social, económico y todos aquellos datos que sean necesarios para determinar hasta qué grado se le puede reprochar el haberse comportado contrariamente a lo establecido por el orden jurídico. No debemos olvidar que la situación del agente no solo depende de él mismo y de sus familiares, sino también de las condiciones ofrecidas por el Estado. Por lo cual sería injusto reprochar de igual forma la comisión de un delito contra la salud a quien cometió el injusto para seguir gozando de su vida opulenta, que al campesino que perdió la cosecha o el padre de familia que perdió el empleo y lo tuvieron que realizar para salir momentáneamente de la precaria situación en la que se encontraban. De ahí que al Estado también le corresponde asumir parte de la responsabilidad y reaccionar moderadamente al momento de sancionar con el derecho penal.

Por todo lo antes dicho, la culpabilidad sirve para graduar la pena a imponer, y ello es en extremo importante, dado que la diferencia entre la pena mínima y máxima puede ser muy considerable, por ejemplo, el homicidio calificado se sanciona con pena de 30 a 60 años de prisión (artículo 320 del CPF) o la violación de 8 a 20 años de prisión (artículo 265 del CPF) o en los delitos contra la salud de 10 a 25 años (artículo 194 del CPF), y así sucede con la pena prevista para todos los delitos. Por ello, jamás será lo mismo ser condenado con la pena mínima que una intermedia o la máxima, motivo por el cual los actores procesales deberán estar muy atentos al momento en que se determine la pena a imponer.

CAPÍTULO NOVENO

EXCLUYENTES DE LA CULPABILIDAD

La culpabilidad quedará excluida por inimputabilidad o por inexigibilidad de otra conducta en los supuestos de miedo grave, temor fundado, estado de necesidad exculpante, error sobre la justificación y error de prohibición, de los cuales pasamos a ocuparnos a continuación.

I. INIMPUTABILIDAD

Son consideradas inimputables las personas que en el momento de la comisión del injusto tenían menos de 18 años de edad así como a quienes obraron padeciendo un trastorno mental permanente o transitorio.

1. MINORÍA DE EDAD

El derecho penal puede reaccionar con la imposición de una pena para los autores y partícipes de injustos a partir de los 18 años de edad, y con diferentes medidas para los adolescentes que aún no tienen la mayoría de edad pero superan los 12 años (artículo 1o., párrafo segundo, de la LFJA). Así, los menores de 12 años de edad son propiamente niños y no tienen responsabilidad penal (artículo 13, párrafo segundo, de la LFJA).

En el título cuarto de la LFJA se establecen las diversas medidas de orientación y protección (artículos 81 a 123) e internamiento (artículos 113 a 124), cuyas modalidades tienen un claro fin:

Artículo 78. Las medidas reguladas por esta Ley tienen como fin una justicia restaurativa, la reintegración social, y familiar del adolescente o adulto joven, así como el de proporcionar a éste una experiencia de legalidad y una oportunidad de valorar los beneficios de la convivencia armónica, del civismo y del respeto a las normas y derechos de los demás. Para ello, éstas deben instrumentarse, en lo posible, con la participación de la familia, de la comunidad y, en su caso, con el apoyo de especialistas.

Para ejemplificar la comisión de injustos por adolescentes podemos recurrir a los siguientes casos.

El 21 de abril de 2003 se presentó Lucero B. ante el agente del Ministerio Público de Actopan, Hidalgo, para denunciar los hechos siguientes:

...el día sábado diecinueve del mes y año en curso a las 17:00 horas llegué a mi casa y dentro se encontraba Pedro D. quien es mi novio, y quien me dijo que quería tener relaciones sexuales conmigo, a lo que yo le dije que no, situación por la cual él me jaló de la mano y me llevó a la recámara, en donde me acostó en la cama, se subió encima de mí y me violó a la fuerza, por lo que yo grité sin que nadie me pudiese ayudar y una vez que terminó se fue diciéndome que ni lo buscara porque él se iba a ir para el norte, por lo que pido se le castigue por lo que me hizo...

Las pruebas practicadas confirmaron que Pedro D. había realizado el injusto de violación, pero su edad era de 16 años.

En el segundo caso, el 6 de diciembre de 2004, se subieron Alberto V., Hipólito V. y Raúl P. al autobús que iba de Huichapan a la ciudad de México, y ya abordo, Raúl P. sacó una pistola y amenazó a los pasajeros para que le entregaran a Hipólito V. y Alberto V. todas sus pertenencias, ya con los objetos, los tres sujetos bajaron del autobús y huyeron. Pero, momentos después, fueron detenidos por policías que atendieron a la llamada de auxilio del conductor y de los pasajeros. Una vez que fueron puestos a disposición del Ministerio Público, Raúl P. declaró que tenía 17 años.

Tal como se puede advertir, en ambos casos estamos ante conductas típicas y antijurídicas (injustos), en el primero de violación y en el segundo de robo calificado, pero la edad de Pedro D. y de Raúl P. impide considerárseles como imputables, quedando excluida la culpabilidad. Mas ello no implica que el injusto quede impune, pues el derecho penal debe reaccionar y lo hace a través de la imposición de una medida de seguridad. De ahí que actualmente se considere que nuestra materia se debe denominar derecho penal y de medidas de seguridad, dado que no solo contempla penas, sino también dichas medidas.

De mayor impacto social fue el caso de "Edgar Jiménez de 14 años de edad... *El Ponchis*, es parte del grupo de jóvenes de entre 12 y 23 años de edad que publicó fotografías en Internet, posando con armas, droga, autos y degollando a sus adversarios".²⁸⁵ Dicho adolescente formaba parte del cártel de los Beltrán Leyva y pese a la atrocidad de los injustos que cometió se le debe considerar como adolescente y sancionar conforme a las reglas previstas para ellos.

²⁸⁵ <http://narcoblogdemexico.blogspot.mx/2010/12/el-nino-sicario-fue-detenido-cuando.html>. También, <http://www.youtube.com/watch?v=CCPvk3XPUWQ>.

2. TRASTORNO MENTAL

A. *Permanente*

Por otra parte, la inimputabilidad se puede derivar de un trastorno mental permanente, como puede ser la locura, el retraso mental, la esquizofrenia, etcétera. Lo cual impide el reproche al sujeto, porque no tiene la capacidad mental para comprender la trascendencia e implicaciones de sus actos. De ahí que no se le imponga una pena de prisión porque jamás podría resocializarse, siendo procedente la aplicación de una medida de seguridad en un centro psiquiátrico.

La inimputabilidad como causa excluyente de la culpabilidad y, por ende, del delito se encuentra prevista en el CPF como sigue:

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código.

Para confirmar la existencia de un trastorno mental permanente será necesaria la prueba pericial practicada por un psiquiatra, quien aplicará un protocolo denominado DSMS 4, con el cual tendrá todos los elementos para emitir su dictamen, y será durante la audiencia de juicio oral donde podrá exponer la metodología empleada para llegar a la conclusión de que el sujeto padece un trastorno mental permanente que le impide comprender racionalmente sus actos.

Cabe puntualizar que las medidas de seguridad solo pueden aplicarse después de la comisión de un injusto y no pueden aplicarse como medidas preventivas, por lo cual la simple peligrosidad del sujeto no puede sustentar su aplicación. Además, la duración de la medida de seguridad no puede superar el tiempo señalado como pena máxima para el injusto cometido.

B. *Transitorio (miedo grave)*

Los trastornos mentales transitorios solo excluyen la imputabilidad del sujeto cuando anulan por completo su capacidad de comprensión y fueron producto de causas ajenas a su decisión, por ejemplo, el joven que no se dio cuenta que sus amigos pusieron una droga potente en su refresco y bajo sus influjos con-

dujo su auto causando un grave accidente en el que murieron varias personas. En este supuesto quedará excluida la culpabilidad del conductor y serán los amigos quienes deberán responder penalmente por la comisión del delito.

El CPF dispone: "Artículo 15. El delito se excluye cuando:... IX. Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho".

Dentro de esta fracción se ubican los supuestos de miedo grave y temor fundado; sin embargo, en el primero, el constreñimiento de la *psique* del autor al momento de realizar el injusto es tal que anula su capacidad de discernimiento, por lo cual podemos considerarlo como una causa de inimputabilidad por trastorno mental transitorio, mientras que el miedo grave excluye la exigibilidad de otra conducta, ello conforme al siguiente criterio de jurisprudencia:

MIEDO GRAVE Y TEMOR FUNDADO.

El artículo 12, fracción IV, del Código Penal, dispone que son excluyentes de responsabilidad penal el miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor; de ahí la necesidad de establecer si dicho artículo recoge dos excluyentes o solamente una. La doctrina del derecho penal no ha sido uniforme al respecto; sin embargo, la corriente más moderna se ha inclinado por la primera de dichas soluciones, esto es, que se trata de dos excluyentes de responsabilidad distintas, considerando al miedo grave causa de inimputabilidad, y al temor fundado e irresistible como de inculpabilidad, en tanto que la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis relacionada visible a folios 370 y 371, segunda parte, de la compilación de 1917 a 1965, claramente establece que ambas excluyentes constituyen casos de inimputabilidad, porque suprimen en un momento dado la capacidad del sujeto de entender y querer la conducta y su resultado. Es indiscutible que, al referirse la ley entre las excluyentes de responsabilidad al miedo grave o al temor fundado e irresistible, recoge dos excluyentes distintas, independientemente de que ambas constituyan un estado de conmoción psíquica, por lo siguiente: El miedo grave se ha definido como la amenaza de un mal grave que realmente existe o se finge en la imaginación, impidiendo al agente del delito entender y querer la conducta y su resultado; en cambio, el temor fundado e irresistible, también llamado *vis compulsiva*, consiste en la amenaza de un mal grave e inminente que realmente existe y es precisamente lo que viene a diferenciarlo del miedo grave, porque en éste puede fingirse el mal en la imaginación y, por otra parte, en caso de ser real la amenaza, se asemeja al temor fundado, pero se diferencia en que, en éste, el agente del delito actúa impulsado por una fuerza exterior e irresistible, lo que no sucede en el miedo grave. Por tanto, debe concluirse que en el caso a estudio no existió la excluyente de responsabilidad alegada, porque no basta que el agraviado directo haya manifestado al rendir su declaración preparatoria, instruido por su defensor, que tenía el temor fundado de que se le causara un mal, sino que es necesaria la comprobación de que efectivamente haya existido ese temor fundado e irresistible y no precisamente es la prueba pericial la única que

puede acreditarlo, aunque es adecuada. En otras palabras, el temor fundado e irresistible únicamente existe cuando el agente del delito es violentado por otro, quien lo obliga a cometerlo con la amenaza de causarle un mal grave e inminente en caso de no hacerlo.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO.

Amparo directo 167/69. Penal. Ramón Durán Lara. 11 de julio de 1969. Unanimidad de votos. Ponente: Ángel Suárez Torres.²⁸⁶

Coincidimos en considerar que tanto el miedo grave como el temor fundado excluyen la culpabilidad, pero desde nuestro punto de vista el primero la anula por inimputabilidad y el segundo por inexigibilidad de otra conducta.

Así, para que opere el miedo grave es necesario que al momento de la comisión del injusto quede anulada la capacidad de raciocinio del autor, tal como lo establece la siguiente tesis de jurisprudencia:

MIEDO GRAVE Y TEMOR FUNDADO. NATURALEZA.

En relación a las excluyentes de responsabilidad de miedo grave o temor fundado previstas en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, debe decirse que el miedo supone un estado de grave traumatismo mental que suprime en el sujeto su capacidad de entender la significación antijurídica del hecho y de voluntad para determinarse conforme a dicha comprensión, situación que no se comprueba si dicho sujeto se da cabal cuenta de los acontecimientos y se encuentra en plenitud de su capacidad cognoscitiva. En cuanto al temor fundado, es de afirmarse que se fundamenta en la coacción moral ejercida sobre el sujeto, mediante la amenaza de un peligro real, grave e inminente, operando el principio de que el violentado no obra, sino quien lo violenta, pues la voluntad viciada que impulsa al sujeto a la comisión del hecho, como consecuencia del mal que amenaza, hace desaparecer la culpabilidad del autor. Se trata, pues, de una auténtica "no exigibilidad", cuya operancia reconoce el derecho positivo, partiendo de la base de que al sujeto no puede imponérsele el deber de su propio sacrificio.

Amparo directo 5625/82. José Guadalupe Ruiz Páez. 18 de abril de 1983. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos.²⁸⁷

Por otra parte, la prueba requerida para demostrar esta excluyente se establece en la siguiente tesis:

MIEDO GRAVE. EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD. LA PRUEBA PERICIAL ES APTA PARA ACREDITAR LA.

El miedo grave consiste en un estado de conmoción psíquica, capaz de anular o limitar casi totalmente la capacidad de raciocinio, dejando a la persona actuar bajo el influjo de los instintos; sin embargo, para comprobar esta excluyente, no basta en la aseveración contenida en el dicho del quejoso o de los testigos, sino que por tratarse de un estado psicofisiológico, solo puede demostrarse mediante la prueba pericial especializada, es decir, es indispensable la opinión

²⁸⁶ *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, vol. 7, sexta parte, p. 62.

²⁸⁷ *Ibidem*, Séptima Época, Primera Sala, vols. 169-174, segunda parte, p. 87.

de los peritos en psicología quienes pueden apreciar este estado emocional meticulosamente, en vista de los vestigios que aquellos efectos producen, los cuales nunca dejan de presentarse aunque tengan variedad infinita en los diversos sujetos como porciones típicas del temor.

Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito. Amparo directo 870/94. Ausencia Ríos Espinóza. 1o. de febrero de mil novecientos noventa y cinco. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Miguel García Salazar. Secretario: Hilario Zarazúa Galdeno.

Amparo directo 640/94. Lorenzo García Torres. 4 de noviembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Ramiro Barajas Plascencia. Secretario Carlos Hugo de León Rodríguez.

II. INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

Quedará excluida la culpabilidad si al analizar las circunstancias en las que se cometió el injusto llegamos a la conclusión de que cualquiera habría hecho lo mismo!, por lo cual no se le puede exigir al sujeto otro comportamiento y, en consecuencia, el delito se excluye por faltar su tercera categoría.

Así, las causas por las cuales es inexigible otra conducta son: temor fundado, estado de necesidad exculpante, error de justificación y error de prohibición.

1. TEMOR FUNDADO

Como hemos visto, la fracción XI del artículo 15 contempla el miedo grave como causa de inimputabilidad por un trastorno mental transitorio, y el temor fundado como causa de inexigibilidad de otra conducta.

Quien actúa con temor fundado mantiene su capacidad para comprender las implicaciones de su injusto, pero las circunstancias lo orillan a tomar la decisión de contravenir el orden jurídico, tal y como se puede desprender del siguiente criterio de jurisprudencia:

MIEDO GRAVE O TEMOR FUNDADO. CONDICIONES PARA QUE OPERE LA EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD POR.

El miedo es un fenómeno interno, que crea en el sujeto un estado anormal dando libre curso al instinto, por lo que se actúa irreflexivamente; así pues, para que tenga eficacia como excluyente de culpabilidad, es necesario que se presente una perturbación angustiosa del ánimo por riesgo o un mal que realmente amenace al sujeto activo, y que el efecto producido sea de tal naturaleza que afecte las facultades intelectivas que son indispensables para la comprensión de lo antijurídico del acto y para la autodeterminación acorde con una valoración normal. Sólo podrá hablarse de miedo para efectos de eximir la responsabilidad penal, cuando la conducta se haya llevado a cabo en un estado

de profunda alteración emocional; ahora bien, el temor fundado es una pasión del ánimo que hace huir o rehusar las cosas que se consideran dañosas o peligrosas, representando un estado pasivo del sujeto, un padecer, una emoción, perturbación o efecto del ánimo que tiene como base de su operancia, la coacción moral que se ejerce sobre la persona mediante la amenaza de un peligro real, inminente y grave que lo obliga a actuar en forma tal que produce una conducta típica y antijurídica. Ambos estados de perturbación se producen por un daño que amenaza real o imaginariamente y ambos ocasionan una perturbación psíquica capaz de alterar la normalidad anímica del sujeto.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO NOVENO CIRCUITO.

Amparo directo 392/93-IV. Erasmo Reyes del Angel. 12 de noviembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Roberto Terrazas Salgado. Secretario: Sergio Arturo López Servín.²⁸⁸

Lo antes dicho puede ejemplificarse en el caso del juez cuyo hijo es secuestrado por miembros del crimen organizado y amenazan con matarlo si dicta sentencia condenatoria a uno de sus miembros, cuyo proceso se sigue en su juzgado, situación ante la cual el juez decide dictar absolucón. En dicha hipótesis es claro que el juez mantiene su capacidad para saber que su conducta se adecua al tipo previsto en el CPF que establece:

Artículo 225. Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes:

VI. Dictar, a sabiendas, una resolución de fondo o una sentencia definitiva que sean ilícitas por violar algún precepto terminante de la ley, o ser contrarias a las actuaciones seguidas en juicio o al veredicto de un jurado; u omitir dictar una resolución de trámite, de fondo o una sentencia definitiva lícita, dentro de los términos dispuestos en la ley.

Además, el juez también comprende la trascendencia del injusto que está cometiendo, por lo cual es imputable, pero la grave amenaza que constriñe su *psique* le ha llevado a actuar de manera contraria al derecho al igual que cualquier otro lo hubiere hecho, de ahí que no se le pueda exigir un comportamiento distinto y quede anulada la culpabilidad y, en consecuencia, el delito.

Múltiples son los casos de manifestantes que dañan los autos que se encuentran a su paso y asumen actitudes muy amenazantes contra los conductores, los cuales deciden acelerar y huir, aunque con ello seguramente lesionarán o incluso privarán de la vida a uno o varios de dichos manifestantes. Sin duda alguna, si el conductor no había generado el conflicto y se ve envuelto en dicha situación ¿quién podría decir racionalmente que en su lugar se hubiera esperado a que los manifestantes lo bajaran y golpearan en vez de acelerar? si la respuesta, como creemos que lo es, es que cualquiera habría hecho lo mismo!, dado el miedo grave que constriñó la *psique* al ver que la violenta

²⁸⁸ Tesis XIX.2o.20 P, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, t. XIII, marzo de 1994, p. 400.

turba que dañaba el coche también le iba a lesionar o tal vez matar, por lo cual no se puede exigir un comportamiento distinto y quedará excluida la culpabilidad. Pero ello no podría prosperar si fue el mismo conductor quien provocó la agresión de los manifestantes, como sucedió en Morelia, Michoacán, el 10 de abril de 2014, cuando el conductor de una camioneta después de superar el bloqueo de maestros normalistas, se bajó de su vehículo para encararlos y después se volvió a subir para dar la vuelta y embestirlos,²⁸⁹ lo cual constituye un delito de homicidio calificado ante el cual no prospera ninguna excluyente.

2. ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE

Como hemos visto, la fracción V del artículo 15 del CPF contempla el estado de necesidad exculpante, el cual se presenta cuando hay un conflicto entre dos bienes del mismo valor y solo uno de ellos puede salvarse a costa del otro.

La doctrina recurre al supuesto del naufragio que priva de la vida al otro para quedarse con la tabla que le salvará la vida, ya que esta solo soportaba el peso de uno de ellos (Tabla de Carneades). Pero la realidad también nos ofrece algunos casos.

La señora Marcela Reina dio a luz a siameses toracopagos, las cuales compartían el corazón, generando una expectativa muy corta de vida, por lo cual los médicos consideraban indispensable separarlas y sacrificar a una de ellas para dejar que la otra sobreviviera. Los padres autorizaron la intervención y los resultados fueron los pronosticados; ante ello, la abuela denunció tanto a los padres como a los facultativos por considerar que habían matado a una de sus nietas. En este supuesto, la vida de las siamesas tiene el mismo valor, pero era imposible preservar la vida de ambas, y debido a ello, tanto los padres como los médicos se encontraban en un estado de necesidad exculpan- te. De manera que no se les puede reprochar el injusto cometido quedando excluida la culpabilidad y, por ende, el delito. Ese es el criterio adoptado en la siguiente tesis:

ESTADO DE NECESIDAD, EXCLUYENTE DE. El estado de necesidad como exculpan- te presupone un conflicto de intereses jurídicamente tutelados que impone el sacrificio de uno para que pueda subsistir el otro.

Sexta Época: Amparo directo 4050/56. Ricardo López Hernández. 10 de septiembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 1866/57. José María Bejarano Morales. 9 de junio de 1959. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 2758/59. Pedro Hernández Vicente. 30 de julio de 1959. Cinco votos.

²⁸⁹ <http://www.eluniversal.com.mx/estados/2014/protesta-normalistas-michoacan-1002433.html>.

Amparo directo 3685/58. José Gonzalo Chan Rosado y coags. 7 de septiembre de 1959. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 5613/60. Segundo Moreno Islas. 29 de noviembre de 1960. Unanimidad de cuatro votos.²⁹⁰

Al criterio de jurisprudencia anterior le falta un elemento muy importante, y es el recalcar el iconflicto entre bienes del mismo valor!, lo cual no es una cuestión de Perogrullo, pues cuando se sacrifica un bien de menor valía para salvar uno de más valor, el hecho se justifica, pero en el caso de las siamesas tan injusto era privar de la vida a una como a la otra, por lo cual no se puede justificar la conducta típica y solo se puede eximir del reproche a los autores y partícipes que cometieron el injusto.

Regresemos a la narración de hechos reales. El 21 de enero de 2007, en Irapuato Guanajuato, Ma. del Rocío A. se encontraba a bordo de su vehículo Volkswagen pagando en la caseta el importe del estacionamiento cuando sintió un sismo que le causó gran nerviosismo, el cual se acrecentó al apagarse la marcha del coche; de pronto sintió el golpe de una camioneta que la empujó hasta la salida. Pasada la emergencia, el propietario de la pick-up Ford, Ernesto S., le explicó que se vio en la necesidad de empujar su vehículo dado que iba a caer un poste en la caja de su camioneta y la iba a dañar. Lamentablemente el vehículo de María del Rocío A. sufrió deterioros, cuyo valor era equivalente al que se hubiera ocasionado a la caja de la pick-up. Sin duda alguna estamos ante un injusto de daños en propiedad ajena cometido por Ernesto S., pero se excluye la exigibilidad de otra conducta por un estado de necesidad exculpante que excluye la culpabilidad y la configuración del delito, aunque subsiste la responsabilidad civil de Ernesto S., quien deberá reparar el vehículo de María del Rocío A.

3. ERROR DE PROHIBICIÓN

De acuerdo con lo dispuesto en el CPF:

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

A)...

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;

²⁹⁰ Tesis 149, *Apéndice de 1995*, Sexta Época, Primera Sala, t. II, parte SCJN, p. 85.

La sistemática empleada por el legislador mexicano en la redacción de la citada fracción nos permite formular varios criterios, a saber:

- 1) La separación de la fracción VIII en dos incisos se debe a que cada uno elimina una categoría del delito, el a) la conducta típica y el b) la culpabilidad.
- 2) El inciso b) contempla dos clases de error, el de prohibición y el de justificación, los cuales describe de manera distinta.
- 3) Por tanto, las reglas y argumentos para aplicar el error de prohibición o el error de justificación son diferentes.

Quien actúa bajo un error de prohibición conoce las circunstancias fundamentales al momento de actuar y tiene la intención de realizar la conducta, por lo cual obra con dolo, pero lo que no sabe es que su comportamiento está prohibido por el derecho penal, de allí que crea que está obrando lícitamente. Tal sería el caso de la mujer de nacionalidad inglesa que llega al territorio nacional de vacaciones y descubre que está embarazada (elemento cognitivo del dolo), por lo cual decide abortar (intención de la conducta dolosa) y acude a una clínica para tal efecto creyendo que ello está permitido como en su país (error de prohibición), siendo que durante el proceso penal es cuando se entera que dicha conducta está prohibida en México.²⁹¹

Con la denominación de error de prohibición se deja claro que el sujeto se equivoca al creer que su comportamiento es lícito cuando en realidad está prohibido por el derecho penal, con lo cual se evitan las ambigüedades de la antigua denominación de error de derecho, la cual abarca tanto los supuestos de error de prohibición como los de error de tipo sobre uno de los elementos normativos jurídicos, tal y como sucedía con quien toma el abrigo del perchero creyendo que es suyo, supuesto en el que el sujeto tiene una falsa percepción sobre el derecho de disponer de la cosa, es decir, desconoce una de las circunstancias esenciales: la ajeneidad, recayendo el error sobre un elemento normativo de la conducta típica que anula el dolo (error de tipo), pero que no implica que el sujeto desconociera que está prohibido robar.

El error de prohibición puede ser vencible cuando con un mínimo de cuidado el sujeto habría podido conocer la ilicitud de su proceder y será invencible cuando las circunstancias hacían imposible dicho conocimiento previo a su comportamiento. Por ello, el efecto del error de prohibición vencible será la reducción de la pena, mientras que el invencible anulará la exigencia de otro comportamiento quedando excluida la culpabilidad y el delito.²⁹²

Hasta hace unas décadas se consideraba que la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento, principio general del derecho regulado en el artículo 21 del Código Civil Federal, el cual ha sido reformado para quedar como sigue:

²⁹¹ En este sentido, *cfr.* Mir Puig, *Derecho penal...*, *cit.*, 3a. ed., pp. 251 y 252.

²⁹² *Cfr.* Gimbernat Ordeig, Enrique, "El sistema del derecho penal en la actualidad", en *Estudios de derecho penal*, 3a. ed., Madrid, España, Tecnos, 1990, p. 167; *cfr.* Rodríguez Muñoz, *op. cit.*, p. 86.

La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento; pero los jueces teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan; siempre que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público.

Si en una materia del derecho privado se ha reconocido que no pueden ser juzgados con el mismo baremo quienes conocen la ley respecto de aquellas personas cuyas condiciones socioeconómicas no les permitieron dicho aprendizaje, con mucho mayor razón ello se debe tomar en cuenta al analizar la culpabilidad del sujeto que cometió el injusto para determinar si se le puede o no exigir un comportamiento distinto. De ahí la inclusión del error de prohibición al CPF en 1984 como excluyente de responsabilidad penal y su reconocimiento como excluyente de la culpabilidad y del delito con la reforma de 1994. La importancia de este tema radica en la diversidad étnica de nuestro país; en particular, las comunidades indígenas se rigen por ciertas reglas de conducta que en algunas ocasiones están prohibidas en nuestro sistema jurídico. Por ejemplo, el cohabitar con la hija con su consentimiento y el de la madre es una conducta considerada como lícita y socialmente aceptada en determinadas comunidades de la sierra de Oaxaca. Pero el artículo 272 del CPF contempla dicha conducta como incesto. Entonces, ¿debemos sancionar penalmente al indígena por ese delito? Por supuesto que es imposible exigirle que se comporte conforme a una norma que desconocía y por ello la culpabilidad se anula y se excluye el delito.

En el mismo sentido, en 1997 se nos consultó sobre la posible consignación de un indígena de la selva lacandona, quien había votado dos veces en una misma elección federal, tal como lo describe el artículo 402, fracción II, del CPF. En el caso, el sujeto había emitido el primer voto con su credencial, y para el segundo utilizó la de su hermano, quien un día antes le había pedido que lo hiciera, dado que no podía acudir a las urnas, indicándole incluso por quién debía votar; para ese entonces los delitos electorales eran novedosos en nuestro país y muy pocos conocían de dichas prohibiciones. Entonces ¿cómo exigir o reprochar el cumplimiento de la ley al sujeto que desconoce la norma debido a que sus condiciones sociales y culturales no le permitieron enterarse de la prohibición y solo quería cumplir con el encargo de su hermano? La respuesta la encontramos nuevamente en el error de prohibición invencible, que excluía la exigibilidad de otra conducta, la culpabilidad y el delito, por lo cual sostuvimos que no debía ser consignado.

El reconocimiento del error de prohibición quedó plasmado en el siguiente criterio de jurisprudencia.

ERROR DE PROHIBICIÓN DIRECTO. No obstante que a través de la reforma penal del treinta de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, se dio cabida en forma legal al llamado "error de prohibición directo", lo que hace al artículo 59 bis, del Código Penal Federal, es conceder al delincuente un trato punitivo privilegiado, al facultar al juzgador para imponer "hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trata, o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso", y tal circunstancia sólo opera en el caso muy especial de "cuando el hecho se realiza por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la Ley penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto", situaciones que deben quedar plenamente probadas.

Séptima Época: Amparo directo 11118/84. María Teresa Gervasio Rodríguez y coags. 9 de mayo de 1985. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 10155/84. Martín Urías Zepeda. 3 de junio de 1985. Cinco votos.

Amparo directo 227/85. Jesús Díaz Ruiz. 12 de junio de 1985. Cinco votos.

Amparo directo 36/86. Aurelio García Luna. 14 de abril de 1986. Cinco votos.

Amparo directo 76/86. Alcibiades Martínez Corona. 2 de octubre de 1986. Cinco votos.

NOTA: *Semanario Judicial de la Federación*, vols. 205-216, Segunda Parte, pág. 59.

Esta tesis aparece en el Informe de 1986, Segunda Parte, Primera Sala, página 10.²⁹³

Como se puede advertir, en el tiempo en que fue emitido dicho criterio no solo ya estaba reconocido el error de prohibición como atenuante, sino también como causa excluyente del delito cuando es invencible. He ahí la crítica a esta tesis, y es que existe una marcada resistencia a reconocerle como causa excluyente de la culpabilidad y del delito.

No basta con que el sujeto manifieste el desconocimiento de la ley para aplicar el error de prohibición, pues ello deberá estar respaldado por otros elementos que nos ayuden a determinar si efectivamente las condiciones del sujeto le impidieron adquirir dicho conocimiento, tal y como se puede desprender del siguiente criterio de jurisprudencia.

ERROR DE PROHIBICIÓN DIRECTO. DELITO CONTRA LA SALUD. En la especie se estimó al quejoso responsable del delito contra la salud en la modalidad de transportación de marihuana, porque en el sumario quedó acreditado que transportó diez kilos ochocientos cincuenta y tres gramos de marihuana de un lugar del Estado de Michoacán a la Ciudad de Torreón, Coahuila, argumentando en el concepto de violación que en su favor resulta operante el error de prohibición directo que por primera vez ha sido consagrado en nuestra legislación, en el artículo 59 bis del Código Penal Federal, ya que teniendo en cuenta los datos referentes a su personalidad y las circunstancias en que el sujeto activo "se ha desarrollado y ha incurrido en la conducta ilícita... es imposible que un campesino esté al día en cuanto a las leyes que (se) realizan en los grandes centros urbanos, que...

²⁹³ Tesis 146, *Apéndice de 1995*, Séptima Época, Primera Sala, t. II, parte SCJN, p. 82.

no puede comprender el alcance de la ley debido a su extremo atraso cultural y al aislamiento social... y ello basta por (su) lugar de origen y (su) lugar de vecindad para que quede demostrada la hipótesis” de que se trata. Se impone destacar que con la nueva redacción del artículo 9o. del ordenamiento jurídico en cita —después de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de trece de enero de mil novecientos ochenta y cuatro—, que recoge las formas de obrar intencional, imprudencial y preterintencional, no pretendió el legislador en forma alguna acabar con el principio general de derecho de que la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento, que prevalece en nuestros días, con la excepción consignada en el artículo 59 bis del mencionado Código. Esta disposición limita el error de prohibición como un caso especial que opera condicionado al extremo atraso cultural y al aislamiento social del sujeto activo, otorgando al juzgador la facultad de poder imponer una pena atenuada o inclusive de tratamiento en libertad. En el caso el procesado ninguna prueba aportó a la causa, que sea demostrativa de su aseveración. Además al declarar expuso, entre otros datos, que profesa la religión católica; que está domiciliado en el municipio de Tacámbaro, Michoacán; que sabe leer y escribir por haber cursado hasta el quinto o sexto años de instrucción elemental; que es campesino o agricultor; que el transporte del estupefaciente lo realizaba con el objeto de recibir una retribución a título de pago de treinta mil pesos. Asimismo de sus declaraciones aparece que ese transporte lo realizó con sigilo, tratando de eludir la intervención de las autoridades, pues inclusive para ocultar su actividad tomó la precaución de ir separados, en distintos carros de ferrocarril, con el otro sujeto que lo acompañaba en el viaje que hacía, todo lo cual revela que el sentenciado tenía una clara noción de que el proceder por el cual fue juzgado era ilícito, reprochable jurídicamente, lo que excluye que la hipótesis que se examina lo pueda beneficiar, al no quedar probado que a virtud del extremo atraso cultural y aislamiento social, aquella actividad la realizó bajo una situación de error o ignorancia invencibles sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta.

Séptima Época: Amparo directo 11118/84. María Teresa Gervacio Rodríguez y coags. 9 de mayo de 1985. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 10327/84. Agapito Mata Martínez. 31 de mayo de 1985. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 10155/84. Martín Urías Zepeda. 3 de junio de 1985. Cinco votos.

Amparo directo 227/85. Jesús Díaz Ruiz y otro. 12 de junio de 1985. Cinco votos.

Amparo directo 76/86. Alcibiades Martínez Corona. 2 de octubre de 1986. Cinco votos.

NOTA: Tesis 14, Informe de 1986, Segunda Parte, pág. 10.²⁹⁴

Tal como se puede apreciar en la tesis anterior, las circunstancias de modo, tiempo y lugar permitieron determinar que el autor del injusto no estaba en el supuesto de error de prohibición vencible y mucho menos invencible, por lo cual la exigibilidad de otra conducta se podía sostener así como su culpabilidad y por ende la comisión de un delito contra la salud.

²⁹⁴ Tesis 147, *Apéndice de 1995*, Séptima Época, Primera Sala, t. II, parte SCJN, p. 83.

4. ERROR DE JUSTIFICACIÓN

Como hemos visto, el obrar doloso del autor se sustenta en el conocimiento de las circunstancias y la intención, lo cual se analiza a nivel de la conducta típica,²⁹⁵ mientras que el análisis del conocimiento de la prohibición se realiza a nivel de la culpabilidad. Por ende, el error de justificación se configura cuando el sujeto actúa dolosamente con conocimiento de la prohibición general de su comportamiento, pero creyendo erróneamente que las circunstancias lo justifican.²⁹⁶

Fue con la reforma de 10 de enero de 1994 cuando se incorporó el error sobre la justificación en la parte final del inciso b) de la fracción VIII del artículo 15 del CPF, el cual dispone la exclusión del delito cuando la acción u omisión se realizan bajo un error invencible "porque (el autor) crea que está justificada su conducta".

Serán las circunstancias en las que obró el sujeto las que nos indiquen si su error sobre la justificación era vencible o invencible; en el primero de los supuestos el reproche se atenuará y también la sanción (artículo 66 del CPF), mientras que en el segundo quedará anulada la culpabilidad y el delito.

El supuesto más socorrido de error de justificación es el de la legítima defensa putativa, el cual se puede ejemplificar cuando el sujeto mata con una roca al asaltante armado con una pistola, pero posteriormente resulta que el arma era de plástico, supuesto en el cual podemos confirmar la conducta típica dolosa del autor, cuyo comportamiento no podemos justificar dada la desproporción del medio empleado, quedando subsistente la afirmación ipso facto él no sabía y las circunstancias no le permitían saber que la pistola era de plástico porque era idéntica a una de verdad!, por lo cual debemos resolver el problema en sede de culpabilidad, dado que no se le podía exigir otra conducta cuando él y cualquier otro hubieran creído que estaban obrando de manera justificada, de ahí que proceda aplicar el error de justificación invencible. Sobre el particular conviene acudir a las siguientes tesis de jurisprudencia.

1) LEGÍTIMA DEFENSA PUTATIVA. En la defensa putativa, existe un error esencial sobre la existencia de la agresión y el sujeto cree a virtud de dicho error esencial que esté rechazando una agresión que tiene todas las características de la que es supuesto de la defensa legítima; y a consecuencia de ello no existe dolo alguno en su acción porque falta la conciencia de la ilicitud, ya que precisamente a virtud del error esencial insuperable cree actuar dentro del supuesto de la defensa legítima.

Amparo directo 5310/63. Eufracio Rangel Delgadillo. 18 de noviembre de 1965. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.²⁹⁷

2) LEGÍTIMA DEFENSA PUTATIVA NO CONFIGURADA. La defensa putativa se da cuando el activo se representa erróneamente la existencia de una agresión y realiza los

²⁹⁵ Aunque en los albores de la teoría del delito, dicho análisis se realizaba en sede de culpabilidad, cfr. Liszt, *Tratado...*, cit., t. II, pp. 420 y ss.

²⁹⁶ Cfr. Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., 3a. ed., esp. pp. 415, 418, 419 y 440.

²⁹⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Primera Sala, vol. CI, segunda parte, p. 36.

actos de repulsa que caracterizan a la legítima defensa, en cuyo caso falta la conciencia de la ilicitud, porque a virtud del error esencial cree actuar dentro del ejercicio de la excluyente de responsabilidad. En esa virtud para tomar en cuenta el alegato respectivo del inculpado, no es suficiente con que éste mencione que creyó encontrarse ante una agresión inminente, sino que es necesario, como en el caso de la legítima defensa normal que se le opongán otros medios de convicción.

Amparo directo 390/86. Teodosio León Rivera. 19 de febrero de 1987. Mayoría de 4 votos. Disidente: Guillermo Guzmán Orozco.

Véase: Séptima Época, Volúmenes 121-126, Segunda Parte, página 108.²⁹⁸

Lo anterior es aplicable en el caso siguiente. En una zona con alto índice de criminalidad, aproximadamente a las 23:00 horas del 14 de febrero de 2004, Fernando G. llegó en aparente estado de ebriedad al domicilio de una amiga, quien al ver sus condiciones no quiso abrirle; por esa razón, Fernando G. comenzó a patear la puerta y vociferar insultos, por lo cual, la mujer llamó a la policía, acudiendo en su auxilio los uniformados Maximino V., Octavio L. y Marcelo S., quienes intentaron dialogar con Fernando G., pero este respondió de forma violenta y se dirigió a su automóvil Gran Marquis, abrió la puerta cuyos vidrios estaban polarizados y gritó "aquí se van a morir hijos de su pinche madre" realizando al mismo tiempo movimientos corporales similares a los que se realizan cuando se va a disparar un arma de fuego, por lo cual Máximo V. rápidamente sacó su arma de cargo y le disparó causándole la muerte. Posteriormente, como producto de las investigaciones realizadas, se determinó que Fernando G. no tenía arma alguna. En dicho supuesto podemos sostener el actuar doloso del policía, quien sin duda sabía que la ley prohíbe privar de la vida a otro, pero su error consistió en creer que estaba obrando de manera justificada. De manera que en este caso, podemos aplicar las reglas del error de justificación y determinar de acuerdo con las circunstancias y pruebas aportadas en la audiencia de juicio oral si el error era vencible o invencible.

Las conclusiones hasta aquí alcanzadas se sustentan en el sistema funcionalista social que he ido desarrollando a lo largo de los años y podrían ser distintas con otras sistemáticas, como la clásica, neoclásica, final o funcional político criminal o normativista. Pero, como puse de manifiesto al inicio de esta obra, evité las discusiones dogmáticas y expuse en breves lecciones los criterios que, desde mi punto de vista, nos pueden ser útiles para interpretar la ley penal mexicana conforme a los parámetros del nuevo sistema de justicia penal apegados al Estado social y de derecho. Será el lector quien determinará si conseguí o no mi objetivo.

²⁹⁸ *Ibidem*, Séptima Época, Sala Auxiliar, vols. 217-228, séptima parte, p. 163.